

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXXIV
FASCICULO IV



OCTUBRE-DICIEMBRE
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 Abogado
del I. C. de Madrid

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

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

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

RAFAEL 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

JUAN VALLET DE GOYTISOLO: <i>Las expresiones fuentes del Derecho y ordenamiento jurídico</i>	825
JUAN B. JORDANO BAREA: <i>El nuevo sistema matrimonial español</i>	903
CÁNDIDO PAZ-ÁRES: <i>Constitución económica y competencia desleal</i>	927

Estudios de Derecho Extranjero

<i>Apuntes sobre la evolución del Derecho civil de la República Federal Alemana: año 1980</i> , por Hans-Leo Weyers y Gisela Kuhn-Päbst	959
--	-----

Información Legislativa

A cargo de Pedro Elizalde Aymerich	971
---	-----

Vida Jurídica

<i>Seminario sobre aspectos jurídicos de la explotación familiar agraria y de los jóvenes agricultores</i> , por Carlos Vattier Fuenzalida	993
---	-----

Nota crítica

K. LARENZ, <i>Metodología de la Ciencia del Derecho</i> , segunda edición castellana, traducida por Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1980, 536 pp.	999
---	-----

Bibliografía

Libros	1013
---------------	------

JOSE BONET CORREA: *Las deudas de dinero*, por Francisco Lucas Fernández.—GIOVANNI CRISCUOLI: *Le obbligazioni testamentarie*, por M. C. G. L.—MARTINEZ VAL, José María: *Abogacía y abogados*, por José M. Chico Ortiz.—DE LOS MOZOS, J. D.: *La reforma del Derecho de Familia en España, hoy*, por Carlos Vattier Fuenzalida.—GIANCARLO PERONE: *L'organizzazione e l'azione del lavoro nell'impresa*, por I. P. A. R.—J. PUIG BRUTAU: *Introducción al Derecho civil*, por Juan Cadarso Palau.

Revista de revistas

A cargo de José R. Antón Riesco	1035
--	------

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

A cargo de José M. Chico Ortiz	1047
---------------------------------------	------

Jurisprudencia

I. Sentencias comentadas	1077
1. La transxualidad y el estado civil, por Jesús Díez del Corral Rivas.	
2. En torno a la prejudicialidad administrativa (Comentario a la Sentencia de 10 de octubre de 1980), por Carlos Martínez Aguirre.	
II. Sentencias	1089

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 IV



OCTUBRE-DICIEMBRE
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**

Las expresiones «fuentes del derecho» y «ordenamiento jurídico»

Introducción a su estudio

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

SUMARIO: I. PROLOGO A LA INTRODUCCION: 1. La expresión "Las fuentes del ordenamiento jurídico español...", en la reforma del Código civil de 1974.—II. LAS FUENTES DEL DERECHO EN LA DOGMATICA MODERNA: 2. Su expresión por Pothier y su significado, según Savigny. 3. Su contenido formal en el "orden jurídico escalonado" de Kelsen y sus consecuencias fácticas.—III. LOS PACTOS Y "EL PACTO" COMO "FUENTES" DEL DERECHO: SU CAUCE Y SUS DERIVACIONES: 4. El "appetitus societatis" y el derecho natural racionalistamente dimanante. 5. Del "stare pactis" de Grocio al contrato social de Hobbes y a la "aliénation totale" de Rousseau. La estatización del derecho. 6. La libertad civil y el valor de las costumbres.—IV. LA FUENTE PERENNE DE LA JUSTICIA: 7. La imagen de la fuente "perenal" como objeto de búsqueda en las Partidas.—V. RELACION ENTRE LAS PALABRAS "FUENTES" Y "DERECHO": 8. El derecho como "lo justo concreto" o como "el conjunto de normas". 9. Las referencias de los textos históricos a las normas aplicables. 10. Diverso significado de la palabra "fuente", según la perspectiva que se tenga del "derecho". 11. El juego de las fuentes en el hallazgo del derecho como "ipsam rem iustan".—VI. REPERCUSIONES EN LA INTELIGENCIA, INTERPRETACION Y APLICACION DEL DERECHO: 12. Panorama de las diversas tendencias interpretativas en relación con el significado de las fuentes del derecho. 13. Contraposición entre el realismo clásico y el positivismo moderno.—VII. COMPLEMENTARIEDAD O PLENTUD DEL DERECHO POSITIVO: 14. Universalidad abierta o totalidad cerrada. 15. La posición del "ius commune".—VIII. EL ORDENAMIENTO JURIDICO: 16. El "ordenamiento" según diccionarios y normas positivas españolas. 17. Posición de nuestros juristas en torno a los "principios generales del derecho". 18. Distinción entre "ley" y "ordenanza".—IX. CONSTRUCCIONES POSITIVISTAS DEL ORDENAMIENTO JURIDICO: 19. La "pirámide" de Kelsen. 20. El "cientifismo operativo" y las "construcciones" jurídicas. 21. El "ordenamiento", según Santi

Romano. 22. La construcción de Hart. 23. Las matizaciones de Bobbio. 24. El positivismo como método, como teoría y como ideología.—X. CONSIDERACIONES CRITICAS A LAS “CONSTRUCCIONES” DEL ORDENAMIENTO JURIDICO: 25. Su punto de vista “universalista” y “uniformista” del concepto de norma. 26. Orden “espontáneo” y orden “construido”, según Figa Faura. 27. La falta de “mirada hacia arriba”, advertida por A. Hernández Gil. 28. El concepto de “ordenamiento jurídico”, según los civilistas españoles.—XI. ¿UNIDAD DEL ORDENAMIENTO O PLURALIDAD DE ORDENAMIENTOS JURIDICOS?: 29. Las perspectivas de Kelsen, Santi Romano, Hart y Bobbio. 30. Opinión de Figa Faura. 31. Su criterio individualizador atendidos los sistemas de fuentes y de normas de conflicto, interpretación, cambio y adjudicación.—XII. CONCLUSIONES: 32. Abertura del concepto unitario y cerrado de ordenamiento jurídico. 33. De la pretensión gnoseológica al planteamiento ontológico. 34. Las fuentes del derecho como “fundamento” y como “hechos originadores de normas jurídicas”; su reconducción “funcional”.

I. PROLOGO A ESTA INTRODUCCION

1. La versión originaria del Código civil no empleaba la expresión fuentes del derecho, que tampoco fue utilizada en el *Code civil* de Napoleón. El originario artículo 6, 2, se limitaba a decir: «*Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y en su defecto los principios generales del derecho*».

Fue en la reforma del Título Preliminar de 31 mayo 1974, cuando aparece encabezando el artículo 1.º la expresión: «*Las fuentes del ordenamiento jurídico español...*».

He repasado la carpeta de antecedentes que guardo de cuando trabajé en la reducida Sección de lo Civil de la vieja Comisión de Códigos —hoy convertida más bien en una comisión de Proyectos del Ministerio de Justicia—, que nos reuníamos en uno de los despachos del Tribunal Supremo, presididos por el inolvidable don José Castán Tobeñas. En esta carpeta tengo varias copias del anteproyecto de título preliminar que concluimos el 12 de julio de 1965, y que don José no entregó para las Cortes, y lo guardó en su cajón en espera de que se aprobaran unas bases, remitidas a las Cortes por el Consejo de Ministros el 12 de agosto de 1966— de cuyo proyecto también conservo copia— respecto de las cuales la ponencia de las Cortes, al no recibir el texto articulado, acordó suspender su dictamen el 29 de noviembre siguiente.

Pues bien, en aquel anteproyecto, el artículo 1.º ya comenzaba, a propuesta del propio Castán, refiriéndose a las *fuentes del ordenamiento jurídico*.

Es de advertir que *fuentes del derecho* y *ordenamiento jurídico* eran expresiones ya respaldadas por la doctrina. La introducción de

una y otra no fue discutida, ni se le dio otra importancia ni trascendencia mayor que la de su empleo terminológico. Por lo menos nadie lo comunicó a los demás.

Nuestro actual presidente de esta Real Academia, también integrante entonces de la Sección, en su discurso inaugural del Curso académico pasado, contó esta anécdota relativa a la introducción de la expresión «ordenamiento jurídico»: «Vallet de Goytisolo recuerda que, en una ocasión, pregunté yo [por él] al maestro Castán cómo podía definirse el ordenamiento, y al escuchar de él una definición omnicomprensiva, Vallet comentó: "es, por tanto, la galaxia jurídica"» (1). Y toda galaxia, pensé y pienso, incluye estrellas, que son soles, cometas, planetas, con sus diferentes composición y climas y con sus satélites; tiene sus órbitas ordenadas en diversos movimientos, acompañados entre sí y en relación con las de las otras galaxias, en un orden cósmico preestablecido pero en constante movimiento y evolución.

Como en su indicado discurso dice Hernández Gil (2), el concepto de ordenamiento «ha sido impulsado por el positivismo normativista», y, aunque en Santi Romano supera el normativismo y se convierte en «estructural y organizativo», «sigue siendo positivista» e incluso «sigue siendo formalista», como lo es la pirámide jurídica de Kelsen.

La Sección, entonces, no le dio este sentido. Menos aún se lo pudo dar el proponente del texto, el propio don José Castán, que siempre se mostró iusnaturalista y que nada tenía de kelnesiano, ni veía por los ojos de los administrativistas admiradores de Santi Romano, sino con los suyos propios de civilista (3) y, más genéricamente, de jurista convencido de la primacía de la justicia en su significado material más clásico (4).

Sin embargo, hay que reconocer que, vista con perspectiva actual, el cambio del texto del viejo art. 6, 2, por el nuevo 1, 1, del Código civil, en su planteamiento y terminología, se adecúa fácilmente a la concepción jurídica dominante. Hoy, el positivismo y el formalismo, pese a sus quiebras y creciente conmoción de sus cimientos, minados por todos los lados y desde las más opuestas posiciones, continúan dominando.

En esta introducción, los temas principales que parece conveniente destacar surgen de las seis primeras palabras (dos sustantivos, dos

(1) ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *El ordenamiento jurídico y la idea de la justicia*. Discurso inaugural del curso 1980-1981 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1980, núm. 4, *in fine*, pág. 26.

(2) *Ibid.*, 2, pág. 11, y 4, págs. 23 y 24.

(3) Como advierte el propio Hernández Gil (disc. cit. 5, pág. 29): "Castán Tobeñas concede poca importancia a la noción de ordenamiento que lo considera constituido por "el conjunto de normas que rigen en un determinado pueblo y momento histórico", sin que predique del mismo carácter o cualidades que no sean los de las propias normas (cfr. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, ed. revisada por De los Mozos, Reus, S. A., Madrid 1978, págs. 376 y s.)."

(4) Cfr., v. gr., el discurso de CASTÁN TOBEÑAS, *La idea de la Justicia en la tradición filosófica del mundo occidental y en el pensamiento español*, Madrid, Inst. Ed. Reus, 1946.

adjetivos, un artículo determinado y una preposición) del artículo 1, 1 Código civil. Y se centran:

- en el concepto de *fuentes*;
- en su referencia a la palabra *derecho* y el significado dado a éste;
- en su articulación con «*el ordenamiento*», según el significado que se asigne a esta palabra;
- y en la cuestión de la *unidad o pluralidad de ordenamientos jurídicos* dentro de un mismo Estado.

II

LAS FUENTES DEL DERECHO EN LA DOGMATICA MODERNA

2. La expresión fuentes en el sentido moderno de hechos originadores de normas de derecho y no en el de fundamento, se halla ya en el prefacio de las Pandectas de Pothier (5) publicado en 1748, que enumera las cuatro fuentes (*sources*) principales del derecho romano.

Pero, doctrinalmente, la formulación conceptual moderna de la expresión *fuentes del derecho* la impuso Savigny que, en su *Sistema* (6), las identifica como «las bases del derecho en general, y, por consiguiente, las instituciones mismas, y las reglas particulares que separamos de ellas por abstracción».

Definición que no razona la tautología de que la Ley sea fuente de las leyes y la Costumbre fuente de las costumbres, y, además, cada una de las reglas de las leyes o costumbres sea también fuente. A no ser que la palabra «fuente» incluya no sólo los manantiales, sino también las bocas de salida de las múltiples conducciones que de aquéllos deriven. Ambigüedad que, en ese caso, se extiende a la palabra «derecho». Esta en el primer caso, como sustantivo, abarca el conjunto de todas las reglas y normas emanadas de las fuentes; y, en el segundo, se adjetiviza y resulta atributo de aquello que por ajustado resulta derecho. Así los principios, las leyes y costumbres no sólo serán fuentes del Derecho sino de derechos concretos.

El mismo Savigny advierte que su definición «presenta una doble analogía que puede dar lugar a un doble yerro».

El primero, estima que consiste en «confundir el origen» de las «relaciones individuales [de derecho] con el de las fuentes del derecho», y pone como ejemplo la distinción entre «una ley que reconoce el contrato y el contrato mismo».

(5) ROBERT JEAN POTHIER, *Pandectes de Justinien, mises dans un nouvel ordre, Prefatio seu prologomena, Prima pars*; cfr. ed. bilingüe, París, Impr. Dondey-Dupré 1818, págs. 42 y sigs.

(6) F. C. VON SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*, Lib. I, § VI; cfr. en castellano, 2.^a ed., Madrid, Góngora s. J., vol. I, págs. 68 y ss.

El segundo, dice que resulta de confundir las fuentes del derecho con las fuentes históricas del derecho. Y pone varios ejemplos, referidos —como es natural— a su tiempo, anterior a la codificación alemana. Entre ellos que «el Digesto, de Justiniano, es, a la vez, fuente del derecho y fuente histórica de la ciencia», y que «las recopilaciones de derecho alemán de los siglos XIII y XIV, fuentes del derecho como monumentos del derecho consuetudinario, son como textos fuentes de la ciencia».

Notemos que para Savigny (7) la *fuera creadora del derecho* radica en la *conciencia* del pueblo; por eso, la costumbre es, a la vez, «signo del derecho positivo» y uno de los elementos que concurren a la formación del derecho; pero, también (8) «la ley es expresión del derecho popular», cuando éste es por ella «traducido por la lengua con caracteres visibles y revestido de una autoridad absoluta», en una confección que «constituye uno de los más nobles atributos del poder del Estado». Pero advierte que la conciencia del pueblo es muy diferente de la voluntad popular que encarece la democracia moderna; pues, a su juicio, «es un verdadero error»: «creer que para representar el espíritu de la nación deba la ley emanar de una asamblea electiva».

No obstante, explica (9) que, por «la marcha natural de la civilización» y la «división del trabajo y de los conocimientos», el derecho «que antes se vivía en la conciencia del pueblo», «adquiere tal desarrollo que su conocimiento deja de ser accesible a todos los miembros de la nación». Entonces se forma la clase de los jurisconsultos que representan al pueblo de que forman parte»; y, bajo esta nueva forma, «prosigue el derecho popular» en la determinación rigurosa y las aplicaciones de detalle.

Al fin, explica (10), legislación y derecho científico resultan los órganos que viven la propia vida del derecho popular «si, transcurrido el tiempo, se retira del pueblo la fuerza creadora».

En Savigny las fuentes del derecho tienen, pues, un carácter institucional. Basado en lo que hoy llamamos sociedad civil, en contraposición a la sociedad política, y su contenido jurídico es sustantivo. Recopila, para que la sistematicen los juristas, la paciente obra secular sentida en la conciencia del pueblo y vivida por éste. Pero, pese a estar *positivizado* por el hecho histórico de su vigencia en el espíritu del pueblo, su contenido a los ojos de Savigny conservaba en sus normas positivas el originario sentido de la justicia (11), aunque su validez dependiera sólo del hecho de hallarse subsumido en lo sentido y vivido; es decir, por el dato de su vigencia nacional (12).

(7) *Ibid.*, § XII, págs. 80 y ss.

(8) *Ibid.*, § XIII, págs. 83 y ss.

(9) *Ibid.*, § XIV, págs. 87 y s.

(10) *Ibid.*, § XV, págs. 89 y ss.

(11) *Ibid.*, § XV, págs. 96 y ss.

(12) *Ibid.*, pág. 92. Acerca de la polémica suscitada entre los autores catalanes de finales del año 1884 hasta principios de este siglo, cfr. nuestro estudio *Cotejo con la Escuela Histórica de Savigny*, II, 13, en "Rev. Jur. Cataluña", LXXVIII, 1979, págs. 803 y ss.

3. En cambio, llegado el positivismo al denominado por Kelsen «derecho puro», el contenido jurídico resulta meramente formal. El *derecho puro* «no constituye sino un medio específico, un aparato coactivo que, en sí mismo considerado, carece de todo valor ético o político» (13); no lo es la norma que señala una regla de conducta sino la que impone una sanción a quien no siga lo ordenado (14). Aún sin emplear la palabra fuente, señala que «la unidad del orden jurídico consiste en una cadena de actos de creación», cuyo grado supremo es la Constitución (15), formándose a partir de ella «una estructura escalonada» del derecho «en movimiento, en el proceso perpetuamente renovado de autocreación» (16). El Estado «no es otra cosa que la personificación del orden jurídico» y, como poder «no es sino la eficacia de dicho orden». De modo que «el dualismo de Estado y derecho desaparece». Así, «todo Estado es, por naturaleza, un Estado de derecho, suponiendo que el derecho no es otra cosa que un orden coactivo de la conducta humana prescindiendo de su valor de moralidad y de justicia» (17). Así, en la pirámide jurídica kelseniana, lo estatal y lo jurídico coinciden; y la validez de éste depende de que su creación se ajuste a la Constitución de aquél.

Esta estructura escalonada, positivista y formalmente objetiva, fue «ideada» por Kelsen como secuencia de una posición, «subjetiva» suya, de escepticismo gnoseológico, convertida en rechazo desde una concepción «cientificista», que identifica *verdad* con *certeza* positivamente comprobable por el método de las ciencias físicas (18).

Si la comprobación del apetito individual del instinto de conservación llevó a Hobbes a idear su contrato social (19) —en un primer esbozo de la aplicación del método de las ciencias físicas a las ciencias sociales y, concretamente, al derecho (20)—, ha sido un intento de justificar el orden social desde la misma perspectiva nominalista —de escepticismo y rechazo metafísico— lo que ha conducido a que Kelsen ideara el carril de la doble vía que forman la democracia y la teoría pura del derecho.

Así, en uno de sus textos leemos: «La aspiración a la justicia es

(13) HANS KELSEN, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho*, 13; cfr. vers. en castellano de Luis Legaz y Lacambra, Madrid, Ed. Rev. Dr. Priv. 1933, pág. 28.

(14) *Ibid.* 15, págs. 29 y s.; también, *Teoría General del Derecho y del Estado*, I, IV, C; cf. ed. México, U.N.A.M., 1979, pág. 71.

(15) KELSEN, *La teoría pura del...*, 32, págs. 52 y s.

(16) *Ibid.*, 44, pág. 71.

(17) *Ibid.*, 49, págs. 78 y ss.

(18) Cfr. nuestros estudios: *Técnica y desarrollo político*, I, 3 y ss., en «Humanismo y Técnica», Madrid, C.S.I.C., 1979, págs. 113 y ss., y *De la filosofía política al cientismo operativo*, en VERBO, 169-170, noviembre-diciembre 1978, págs. 1229 y ss.

(19) Cfr. nuestro estudio *La nueva concepción de la vida social de los peccistas del siglo XVII: Hobbes y Locke*, en VERBO, 119-120, noviembre-diciembre 1973, págs. 903 y ss.

(20) Cfr. MICHEL VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, parte V-I, *Juicio de conjunto*, cap. II y Parte V-II, cap. I, A, París, Les Ed. Montchrestien 1968, págs. 579 y ss., 615 y ss. y 655 y ss.

el eterno anhelo humano de felicidad» (21), ... «hay una gran multiplicidad de ideas sobre lo justo; tantas que resulta imposible hablar simplemente de «justicia» (22) ... «La justicia es un ideal irracional» (23). Este escepticismo le «condiciona» hasta tal punto que reconoce paralelamente:

— «De hecho, la causa de la democracia resulta desesperada [es decir, indefendible] si se parte de la idea de que el hombre puede acceder a verdades y captar los valores absolutos» (24).

— «Si el hombre tuviese un conocimiento cabal del reino de las ideas estaría en condiciones de adaptar su mundo, especialmente su mundo social, su conducta, a ese arquetipo» ... «Si se pudiera conocer el orden absolutamente justo cuya existencia es afirmada por la doctrina del derecho natural, el derecho positivo resultaría superfluo, es más, no tendría ningún sentido» ... «la actividad de los legisladores positivos sería comparable al esfuerzo de quienes pretendiesen realizar una iluminación artificial a la luz del Sol» ... «Si existiera una justicia objetivamente cognoscible, no habría derecho positivo y, por tanto, no existiría Estado» (25). Posición, sin duda «totorresista»; pues no acepta términos medios entre conocer todo y prescindir de todo conocimiento no total que no sea positivo, pese a que éste nunca es total pues sólo abarca lo positivamente dado. Con estas ideas sitúa la Constitución en el vértice de su pirámide del orden escalonado del derecho.

Base frágil, tanto en su vértice jurídico como en su apoyo democrático.

Este reposa en el mito, calificado de postulado, de la *soberanía popular* (art. 1, 2 de la Constitución de 31 de octubre de 1978) —pero que las Cortes subsumen (art. 66, 2)—, extendido como corolario hasta afirmar que la ley es expresión de la voluntad del *pueblo* (según dice el preámbulo) y que la *justicia «emana del pueblo»* (art. 117).

No es postulado —ya que requeriría que ni su certeza ni su falsedad fuesen demostrables— y es mito porque parte:

1.º De que las Cortes —o, más propiamente, el Congreso que en definitiva decide— conservan siempre intacta la voluntad popular, identificándola con la expresada por la mayoría de los diputados —no ligados por mandato imperativo alguno con sus electores, y más o menos sometidos a la «disciplina de partido»—, quienes, a su vez, no han sido elegidos sino por la «mayoría» de los votantes, sin que cuente la voluntad de los no votantes, cualquiera que sea su número y las motivaciones de su abstención, y sí cuentan, a favor de uno, los votos en contra del otro y los que se inclinan por el mal menor, pero tampoco lo quieren.

2.º De que la masa, que es mayoritariamente captable por la propaganda comercial —hasta el punto de que quienes se sustraen a

(21) KELSEN, *Teoría General del...* I, A., c., pág. 7.

(22) *Ibid.*, 1, pág. 9.

(23) *Ibid.*, 4, pág. 15.

(24) KELSEN, *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, cap. X, cfr. ed. París, Sirey, 1932, pág. 110.

(25) KELSEN, *Teoría General del...*, I, A.c. 3, págs. 14 y s.

ella no son tenidos en cuenta por su carácter minoritario—, pueda, en cambio, sustraerse a la propaganda política y tener voluntad independiente de su sugestión, organizada a través de los adelantos en *marketing*, apoyados por los ordenadores, y en su difusión por los *mass media* (26).

3.º) De que la voluntad popular sea la mejor expresión de la justicia. Lo que, como contraste, nos hace pensar en la increpación del Rey Sabio, contenida en su Prólogo a las Partidas, dirigida a «las gentes del mundo, que juzgan las cosas más por voluntad que por derecho». Palabras a las que Gregorio López (27) añadió la cita de una nota de Baldo (28) a la ley *Omnes populos* del tít. *De iustitia et iure* del *Digesto*: «*quod nullus populi est, sani capitis, et ubi maior numerus, ibi minor intellectus*». E incluso Rousseau (29), que presupone la rectitud de la *volonté générale*, añade que, de ello «no se sigue, en cambio que las deliberaciones del pueblo tengan siempre la misma rectitud; entonces —dice— no existe ya voluntad general» y «se hacen pasar falsamente con el nombre de leyes algunos decretos inicuos que sólo tienen por objeto el interés particular».

El vértice jurídico es tan frágil, que como —con palabras de Kulischer— ha repetido el que fue decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lyon, Paul Roubier (30), es «la última revolución que ha triunfado», sea violentamente, sea por el *consenso* entre quienes pretenden conservar el poder y quienes tratan de cambiar la estructura política y su contenido social.

Un Estado y un derecho reducido a una estructura formal y coercitiva que puede albergar cualquier contenido material, con una Constitución elástica en sus opciones económicas y sociales, facilita el tránsito del Estado liberal de derecho al social de derecho —«*fruto del acuerdo entre la derecha «civilizada» y el socialismo democrático «responsable»*—; de éste al Estado democrático de derecho —«*combinación de la izquierda liberal socializada y de un socialismo no comunista*—, y aún, quizá después, al Estado de derecho socialista, si las democracias socialistas «superan el integrismo comunista, el burocracia-

(26) Cfr. PHILIPP LERCH, *El hombre en la actualidad*, cap. IV, F, cfr. ed. Madrid, Gredos, 1958, págs. 80 y ss.; y JACQUES ELLUL, *L'illusion politique*, París, Payot, 1965.

(27) GREGORIO LÓPEZ, glosa a las palabras «que por derecho» del Prólogo de las Partidas; cfr. en la ed. de las *Siete Partidas*, con sus glosas traducidas por I. Samponts y Barba R. Martí de Eixalá y J. Ferrer y Subirana, Barcelona, 1843, vol. I, pág. 8, nota 17.

(28) BALDO DE UBALDIS, *In primam Digesti Veteris Commentaria*, tít. y ley cits. (1, 1, 7); cfr. ed. Venetis, apud Heredes Giorgii Varisti, 1616, fol. 13 vot. n. 12, donde literalmente leemos: «*Praeterea nullus populus vero sani capitis, quia quanto maior numerus, tanto minor intellectus*».

(29) J. J. ROUSSEAU, *Le contrat social*, Lib. II, cap. III y Lib. IV, cap. I, cfr. ed. París Unión Générale d'Éditions 1963, págs. 73 y 's. y 149 y s.

(30) PAUL ROUBIER, *Theorie Générale du Droit*, 8, d; cfr. 2.ª ed., París, Sirey, 1951, págs. 70 y ss.

tismo, la alienación política, como han superado el culto a la personalidad» (31).

Tenemos, pues, la plena *estatización* de las fuentes del derecho —reducido a mera coerción purificada de los avatares de su contenido, sea el que fuere—, reconducidas todas a la originaria de la Constitución, legitimadora del valor formal, único estimado y estimable de las normas jurídicas.

El orden jurídico escalonado de la pirámide kelseniana con su vértice constitucional, fue la formulación científica de uno de los fenómenos más importantes del panorama constitucional a partir de la Revolución francesa. Como ha dicho Sánchez Agesta (32): «El primado de la voluntad de poder sobre la constitución social, que es uno de los caracteres de nuestro tiempo, ha quebrado el hilo de una tradición histórica forjadora de instituciones, y en cierta manera todo el orden constitucional contemporáneo, se manifiesta como un *proyecto racional de constitución*, no sólo de las instituciones que encarnan el poder político, sino de la misma entraña del orden social. La coherencia, relativa coherencia, de la unidad del orden aparece creada desde el poder, como realización de un plan que ordinariamente refleja y desenvuelve los principios de una ideología política». La constitución política pretende adueñarse y configurar la constitución de la sociedad civil, contra lo que trató de evitar la escuela histórica del derecho, al situar el espíritu del pueblo, reflejado en las costumbres, frente a la *volonté générale* representada en un parlamento.

De ahí también, la advertencia de Ripert (33): «La Revolución ha fundado el poder legislativo en su absolutismo» ... «pues la ley, expresión de la voluntad general, no puede ser sino justa y razonable»...; y esa «pretendida transferencia de soberanía» —del rey a la nación— «esconde una creación. Jamás el rey de Francia tuvo el poder legislativo o, por lo menos, un poder comparable al del parlamento moderno. Es innecesario recordar porqué razones históricas estaba obligado a compartir la soberanía. Basta constatar que no osaba tocar el derecho civil».

III

LOS PACTOS Y «EL PACTO» COMO FUENTES DEL DERECHO; SU CAUCE Y SUS DERIVACIONES

4. Retornando la vista hacia atrás, vemos que, en 1625, Hugo Grocio (34) señalaba en el pacto la «fuente» del derecho civil, «*fontē iura civilia*», expresándolo en el siguiente texto:

(31) Cfr. PABLO LUCAS VERDÚ, *La lucha por el Estado de Derecho*, Bolonia, Real Colegio de España, 1975, cap. VIII, 5, págs. 142 y ss.

(32) LUIS SÁNCHEZ AGESTA, *Curso de Derecho Constitucional comparado*, 5; ed. Madrid, Fac. de Derecho, 1974, I parte, cap. I, 4, pág. 28.

(33) GEORGES RIPERT, *Le declin du droit*, cap. I, 2; cfr. ed. París, Libr. General de Driat et Jurisprudence 1949, págs. 4 y s.

(34) HUGO GROCIO, *De iure belli ac pacis, Prolegomena*, n. 15; cfr. ed. Lausanna, 1751, vol. I, pág. 10.

«Deinde vero, cum iuris naturae sit stare pactis (necessarius enim erat inter homines aliquis se obligandi modus, neque vero alius modus naturalis fingi potest) ab hoc ipso fonte iura civilia fluxerunt».

La importancia del paso dado por Grocio, reflejado en el breve texto transcrito, nos la muestran los dos comentarios que vamos a reproducir.

En 1703, el de Jo. Henricus Boeclerus (35): «Hanc ergo societatis custodiam sive appetitum societatis ordinatae instructae que naturalem, recte et merito Grotius iuris naturalis originem, fontem, principium fecit, seu mavis, hoc iuri naturali fundamentum substravit».

Y al margen del mismo texto de Grocio, anotó Gronovius (36): «Nam si societatis jungi debet, requirebatur aliquod vinculum, coagulum, ferrumen, sacramentum, que ea societas contineretur ne alioqui forent merae arenae».

Boeclerus destaca que Grocio hizo del apetito natural de una sociedad ordenada y estructurada el origen, fuente y principio del derecho natural. Así como del pacto la fuente del derecho civil.

Por eso, Gronovius advierte que la integración de la sociedad, en virtud de ese apetito, por los individuos que la constituían, para que no fuese mera arena, requería algún vínculo, coágulo, ferrumen o sacramento, constituido —según él— por el pacto «necessarius obligandi modus».

En suma, el texto de Hugo De Groot traza sintéticamente dos acueductos, uno que derivaría junto al idealismo de Descartes, y otro que irrigaría el pacto social, que fabricaría Hobbes y su nuevo método jurídico.

Por el primer canal, Descartes (37) —que no palpó en la oscuridad nominalista el orden de las cosas— una noche de 1637 sintió el fulgor de la idea: «Sea que velemos sea que durmamos, nunca nos deberemos persuadir más que por la evidencia de nuestra razón. Y es de subrayar que digo de nuestra razón, y para nada de nuestra imaginación ni de nuestros sentidos».

El *appetitus societatis ordinatae instructaeque*, de Grocio, como el *temor a la muerte violenta*, en Hobbes (38), el *innato deseo de bienestar*, en Loecke (39), el *sentimiento de ser «igualmente» libres por naturaleza*, en Rousseau (40), son jurídicamente los primeros datos

(35) JO. HENRICUS BOECLERUS, *Commentatio in Hugonis Grotii. Ius belli et Pacis, In prolegomena*, 13 y ss. Argentorati, Ex-officina Dulssackeriana, 1704, pág. 57.

(36) J. F. Gronovius. Nota a las palabras *necessarius obligandi modus* del citado texto de Grocio; cfr. ed. cit. de dicho *De Iure Belli ac Pacis*, pág. 10, nota 76.

(37) RENÉ DESCARTES, *Discours de la Methode*, 4.^a parte; cfr. ed. comentada por E. Gilson, París, Vrin, 1947, pág. 39.

(38) THOMAS HOBBS, *Leviathan*, cap. XIV y XVII; cfr. ed. París, Sirey, 1971, págs. 123 y ss. y 173 y ss.

(39) JOHN LOCKE, *Dos tratados sobre el gobierno de los pueblos, II. Ensayo sobre el gobierno civil*, cap. VIII, 95; cfr. ed. Madrid, Aguilar, 1969, pág. 73.

(40) JEAN JACKES ROUSSEAU, *Le contrat social*, Lib. I. caps. I y II; cfr. ed. París Unión General Editions, 1963, págs. 50 y ss.

estimados subjetivamente ciertos para construir la sociedad civil, similarmente a como, en lo filosófico, creyó hallarlo Descartes (41) en el *cogito ergo sum*.

De los expuestos, cada *primum verum* presenta el mismo fallo, opuesto por Vico (42) al *cogito* cartesiano: denotan conciencia pero no ciencia, pues ignoramos sus causas.

Sin embargo, los *prima vera* constituyen la base de «las largas cadenas de razonamientos», *more geometrico*, que articularon los sistemas del nuevo derecho natural, denominado «moderno», «protestante», «de la Ilustración» o «racionalista». Estimado aplicable a todos los hombres en todos los tiempos y lugares, abstracción hecha de la naturaleza de las cosas (43), parte de una serie de axiomas primeros de moral racional, intuitos por nuestra mente, sin contacto con la realidad, de los cuales trata de obtener deductivamente las reglas de derecho (44).

Este es el derecho natural, puramente filosófico, contra el que reaccionó la escuela histórica alemana. El que Bachofen (45) tildaría: de que fue concebido «como algo totalmente externo, como una creación del libre arbitrio, como resultado de una reflexión consciente, que puede modificar o incluso anular la misma voluntad que la creó»; que se mueve «fuera de la existencia de un pueblo»; que se encuentra «fuera de la historia», no tiene «ningún contacto, ninguna relación con las situaciones históricas»; que constituyó «la divinización de la propia razón y la adoración de los ídolos creados por uno mismo».

Afortunadamente, a pesar de las ideas de sus promotores, los redactores del *Code civil* (46) fueron jurisprudentes que en lo posible

(41) DESCARTES, *op. cit.*, 4.^a parte, pág. 39.

(42) GIAMBATISTA VICO, *Il metodo degli studi del tempo nostro*, III; cfr. en «Oppere», ed. cuidada por Fausto Nicolini, Milán-Nápoles, Riccardo Ricardi, 1953, págs. 176 y ss.

(43) DESCARTES, *Discours de la...*, 6 parte; cfr. ed. cit., pág. 63, no cree posible al espíritu humano «distinguir las formas o especies de cuerpos que hay en la tierra de otra infinidad que podrían haber». El nominalismo de Ockam se mantiene presente, pues, en Descartes, y le impulsa hacia el método por él ideado.

(44) Claro está que, según ha hecho notar Villey, *op. cit.*, parte V-I, cap. II, págs. 615 y ss., ese derecho natural racionalista, más que basarse en postulados verdaderamente racionales, muchas veces edificó «sobre postulados arbitrarios que se insertan subrepticamente en el cuerpo de la demostración»; por lo cual, «construido a base de mitos, implica premisas falsificadas; no es sólido sino en apariencia».

(45) JOHANN JAKOB BACHOFEN, *El derecho natural y el derecho histórico*; cfr. vers. en castellano, Madrid, I.E.P., 1955, y los textos cit. en las págs. 50, 51 y 59.

(46) JEAN-ETIENNE-MARIE PORTALIS, *Discurso preliminar del proyecto de Código civil francés*; cfr. ed. en castellano, Valparaíso (Chile), EDEVAL, 1978: «El derecho escrito, que está compuesto de leyes romanas, ha civilizado Europa». El descubrimiento de la recopilación de Justiniano dio lugar a que «nuestros tribunales tomaron un aspecto más regular cuando el terrible poder de juzgar quedó sometido a principios». No era preciso sino «distinguir las leyes que han merecido el apelativo de razón escrita, de aquéllas que atañen sólo a instituciones específicas, extrañas a nuestra realidad y a nuestras costumbres». Y, «en el conjunto de nuestras costumbres», las hay «que hacen honor a la sabiduría

se apoyaron a su tradición jurídica, recogida especialmente a través de las obras de Pothier y de Domat. Aunque en importantes materias (legítimas, fideicomisos) no se pudieron sustraer al igualitarismo, proclamado por la Revolución, ni a los designios políticos de Napoleón —expresados en carta a su hermano José por el Emperador (47)— quien también les arrastraría a su antifeminismo jurídico (48).

5. Pero, además de ese método —idealista, racionalista y deductivo—, en el transcrito texto de Grocio se vislumbra otro que, unos años antes, Bacon de Berulamio, es decir, sir Francis Bacon, en su *Avance de las ciencias* (1605) y en su *Novum Organum* (1620), había expuesto. Método consistente, primero, en la recolección de hechos singulares (los únicos aceptables, pues su visión nominalista rechazaba las nociones universales), para, a partir de ellos, elevarse gradualmente no a la abstracción sino a la construcción de teorías (49). Ese nominalismo, que prescinde de los *conjuntos sociales naturales* y del orden teleológico de sus *casas finales*, permitió a Bacon y a la escuela de Pavia, donde trabajó Galileo, el empleo de un método analítico-sintético que descompone los cuerpos reduciéndolos a elementos singulares para someterlos a las experiencias y elaboraciones del pensamiento humano (50).

La construcción que Grocio basa en el pacto, como *fente* del derecho civil, apoyado en el *stare pactis* deducido del *appetitus societatis*, *primum vero* de su concepción idealista del derecho natural, la vemos elevada a construcción política en 1651, por Tomas Hobbes (51), en su *Leviathan*, quien toma los individuos aislados y los traslada a su estado originario de naturaleza (según lo imaginó); y, luego, los ata y vincula por su (también imaginario) contrato social.

de nuestros padres, que han plasmado el carácter racional y que son dignas de mejores tiempos. No hemos renunciado sino a aquéllas cuyo espíritu ha desaparecido ante otro espíritu, cuya letra no es más que fuente cotidiana de controversias interminables y que repugnan tanto a la razón como a nuestros actuales modos de vida" (págs. 52 y s.).

También advierte que no debe legislarse en períodos revolucionarios, cuando: "Todo se convierte en derecho público", y el espíritu revolucionario se hace "afán exaltado de sacrificar violentamente todos los derechos a un fin político, y de no admitir otra consideración que la de un misterioso y variable interés de Estado" (págs. 29 y s.).

(47) Cfr. en FEDERICO LE PLAY, *L'organisation de la famille selon le vrai modèle signalé par l'histoire de toutes les races et de tous les temps*, París, 1871, Lib. I, cap. I, § 13, nota 5, págs. 79 y s., la carta de Napoleón I a su hermano José, de 5 junio 1806, aconsejándole que ordenara un Código para Nápoles, de donde era rey, de modo que no quedarán "más grandes casas que aquéllas que vos constituys en feudos".

(48) El Emperador Napoleón, muchas tardes, visitaba la comisión de juristas que redactaban su Código. De esas visitas parece que surgió el "antifeminismo" del *Code civil*, transmitido a otros códigos que siguieron su patrón. Era cuando a Bonaparte comenzaban a no andarle bien sus relaciones con Josefina y pensaba en su divorcio.

(49) Cfr. MICHEL VILLEY, *op. cit.*, V, Introducción, págs. 564 y s.

(50) *Ibid.*, V, Juicio de conjunto, págs. 579 y ss. y V-II, cap. I, A, págs. 655 y ss.

(51) THOMAS HOBBS, *Leviathan*, caps. XV y XVIII; cfr. ed. francesa, París, Sirey, 1971, págs. 143 y 179 y ss.

Su nominalismo lo muestra al afirmar que el «derecho de naturaleza, que los autores llaman generalmente *ius naturale*, es la libertad de cada uno de usar como quiera de su poder propio, para preservar su propia naturaleza; en otras palabras, su propia vida» (52); y al razonar que «allí donde ninguna convención haya tenido lugar anteriormente», «nadie puede ser injusto». Su construcción del pacto social soluciona por qué «cuando se ha efectuado una convención, entonces es injusto incumplirla, ya que la definición de la *injusticia* no es sino la no ejecución de las convenciones» (53).

Pero surge *Leviathan*. En virtud del pacto: «yo autorizo a este hombre o a esta asamblea, y le entrego mi derecho de gobernarme a mí mismo, bajo la condición de que tú autorices todas sus acciones de la misma manera» (54). Hasta tal punto que «haga lo que haga el soberano en sus actos y juicios instituidos no puede cometer injusticia respecto de sus súbditos»; pues, una vez «convenida la institución de una República» resulta que cada particular «es autor de lo que haga el soberano». Y, por ello, «aunque los detentadores del poder soberano pueden cometer iniquidades», esa iniquidad «no es lo mismo que la injusticia en el propio sentido de la palabra, pues es imposible cometer injusticia consigo mismo» (55).

De ahí viene la idea de *totalidad* (56), base del *totalitarismo*. Este no es una forma de gobierno, como la dictadura, sino la absorción por el Estado de todos los derechos y todas las instituciones, es la estatización de toda la vida, a expensas del individuo y de las formas de vida preestatales (57).

Fue el anticipo de la *aliénation totale* de Rousseau, no ya al príncipe pero sí a la *volonté générale*, consistente en la «enajenación total de cada asociado con todos sus derechos, a toda la comunidad» (58). Por ella, cualquiera que rehusara obedecer a la voluntad general será obligado a ello por el cuerpo entero; lo que no significa otra cosa sino que se le obligará a ser libre» (59, «pues, obedeciendo a la convención que la creó, no obedecen «sino a su propia voluntad» (60).

Por eso ha escrito Brunner (61) que el totalitarismo «tiene su raíz histórica en la República de la Revolución Francesa, en el *Contrat social* de Rousseau, en su principio de la *aliénation totale*».

Leviathan y su poder legislativo —el pacto queda como la fuente mediata y la ley pasa a ser la inmediata— provocan dos tensiones:

(52) *Ibid.*, cap. XIV, pág. 128.

(53) *Ibid.*, cap. XV, págs. 143.

(54) *Ibid.*, cap. XVII, pág. 177.

(55) *Ibid.*, cap. XVIII, pág. 183.

(56) Cfr. al respecto el estudio de ENRIQUE ZULETA PUCEIRO, *Thomas Hobbes y la idea moderna de la totalidad*, en VERBO, 195-196, mayo-junio 1981, págs. 561 y ss.

(57) EMLI BRUNNER, *La justicia*, cap. XVI, México Centro de Estudios Filosóficos de la U.N.A.M., 1961, págs. 174 y s.

(58) J. J. ROUSSEAU, *op. cit.*, Lib. I, cap. VI, ed. cit., págs. 61 y s.

(59) *Ibid.*, cap. VII, págs. 63 y s.

(60) *Ibid.*, Lib. II, cap. IV, pág. 77.

(61) E. BRUNNER, *loc. y pág. cit.*

una con los derechos subjetivos de los individuos, y otra con el derecho objetivo emanado de modo espontáneo de la sociedad civil.

La tensión entre los derechos subjetivos de los individuos con el poder jurídicamente omnímodo de Leviatán, se viene intentando contrarrestarlo con las universales declaraciones de *derechos del hombre*. Pero, las formulaciones de estos derechos, de hecho, también parten de los principios, los *prima vera*, del derecho natural iluminista. Por ello, como ha observado Michel Villey (62), no se fundan en la realidad sino en una *abstracta* «naturaleza del hombre» y, por tanto, muchas veces «suscitan vagas reivindicaciones sin salida», que «no pueden ser satisfechas», y que, pese a su denominación de «universales», se aplican unilateralmente, a favor de unos y en contra de otros: como ya se hizo en 1789. Se aplican antijurídicamente por mera proyección unilateral, sin confrontación con los derechos de los demás. Como ha explicado D'Ors (63), los derechos humanos deben valorarse jurídicamente de modo «objetivo», en relación con la protección de todos los afectados por su aplicación, que también son sujetos humanos, y no como derechos «subjetivos» unilateralmente contemplados. De ese último modo se protege a los terroristas, en perjuicio de sus víctimas inocentes, de los servidores del orden y de la paz social.

Esa manera de utilización recuerda, muchas veces, la distinción entre el juicio del lego y el del jurista, expuesto por Heck (64). El de aquél es como el de quien «camina, linterna en mano, de noche cerrada. Difunde luz en cualquier punto en que se encuentra, pero en su entorno y trasfondo se encuentra, en todo momento, la oscura noche». Tal enfoque conserva la unilateralidad del razonamiento lógico formal, característico del método del derecho natural de la Ilustración, pero sin ni siquiera mantener el rigor de los silogismos.

A veces, incluso juristas prestigiosos se dejan deslumbrar por esos focos de las solemnes declaraciones y de algunos textos constitucionales. La obsesión de igualdad, por mandato constitucional, ha presidido las últimas reformas legislativas del matrimonio y la familia, efectuadas con olvido de las experiencias acumuladas por la historia y el derecho comparado, y podrán perjudicar, sea hoy o en un mañana no lejano, no sólo a la institución de la familia, sino a los mismos sujetos a quienes se quiso proteger, dados los efectos sociales que, por impulso o reacción, producen las propias leyes en el cuerpo social y que el legislador no alcanza a medir o contener (65).

(62) MICHEL VILLEY, *Crítica de los derechos del hombre*; cfr. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 12, fasc. 2.º, 1972, págs. 9 y ss.

(63) ALVARO D'ORS, *La guerra unilateral*, en LA LEY, núm. 217, Buenos Aires, 8 de noviembre 1979, págs. 1 a 4.

(64) PHILIPP HECK, *El problema de la creación del Derecho*, 2.ª, trad. española, Barcelona, 1961, pág. 38.

(65) La igualdad en el matrimonio ha ido dejando, cada vez más, indefensas a las mujeres que conservan la so a pero trascendente dedicación de ama de cas y madre de familia, dando lugar a que resulte cada vez más responsables de los negocios de su marido; pues, a mayores derechos sobre el papel, se les exigen más firmas que la responsabilizan. En la última reforma ha desaparecido su anterior preferencia

7. La contraposición entre el derecho racionalista, aplicable a todos los hombres en cualquier tiempo y lugar, o el segregado por Levitán, con el derecho objetivo emanado de manera espontánea por la sociedad civil —contraposición mostrada, primero por Burke (66) y, después, por la escuela histórica alemana (67)— fue puesta en evidencia por nuestros foralistas en el pasado siglo y, en especial, en el período codificador.

Durán y Bas (68), adalid de la escuela jurídica catalana, planteó claramente la distinción: «el derecho cosmopolita en vez del derecho racional; la abstracción filosófica en vez del elemento histórico en el derecho positivo, más que completar con la influencia de las costumbres la eficacia de las leyes, ha de producir un divorcio, un antagonismo opuesto al desenvolvimiento de la civilización nacional»; y profetizó «cuando el derecho se funde más en ideales que en necesidades legítimas de los pueblos, forzosamente habrá de haber inestabilidad en las leyes; ninguna conquistará la adhesión de las conciencias, ni se identificará con el sentimiento del país; y el tiempo presenciara como mero testigo los cambios de legislación, pero no concurrirá a su consolidación, a su acción fecunda».

Y también Joaquín Costa (69), en nombre de los pueblos altoaragoneses, mostró la misma distinción, con palabras grandilocuentes, al increpar: «legisladores engraidos, que pretendéis gobernar los pueblos con ideas y encerrar el mundo infinito de la vida en los moldes angostos de vuestros libros»...; «utopistas»... «las leyes que nosotros escribimos en el mundo del lenguaje de los hechos son más firmes y más incontestables que las vuestras, porque también son más verdaderas, porque están fundadas en la naturaleza».

La *libertad civil* (70) es la base de ese derecho popular, fundamen-

en la liquidación de gananciales, y se ha hecho más acuciante para Bancos y financieras exigir su firma.

Los efectos sociales del divorcio nos los muestran las experiencias y estadísticas de los países que nos han precedido en su instauración. Pero no se ha ponderado el *bonum commune*. Tampoco el bien de la familia ni su importancia como primera célula social para la recta formación de buenos ciudadanos, han sido positivamente valorados en sus consecuencias, ni en los cuidados requeridos para preservarla.

(66) EDMUND BURKE, *Reflexiones sobre la Revolución Francesa*; cfr. versión española, Madrid, I.E.P., 1974.

(67) Cfr. nuestro estudio *Revolución, historicismo y tradición en la creación, conservación y progreso del derecho*, II, 4 ss., en VERBO, 128-129, septiembre-noviembre 1974, págs. 1037 y ss., o en *Revolución-Conservadurismo-Tradicción*, Madrid, Speiro 1975, págs. 181 y ss.

(68) MANUEL DURÁN Y BAS, *La escuela jurídica catalana*, en "Escritos", 1.^a Serie, "Escritos Jurídicos", Barcelona, Impr. Casa Caridad, 1888, pág. 377.

(69) JOAQUÍN COSTA, *La libertad civil y el Congreso de juriscultos aragoneses*, cap. V, "Fuentes del derecho para el Código. Las instituciones consuetudinarias", Madrid, Impr. de la Librería Greneral de Legislación, 1883, pág. 140.

(70) Cfr. nuestros estudios: *La libertad civil*, en VERBO, 63, páginas 186 y ss., o en *Contribución al Estudio de los cuerpos intermedios*, Madrid, Speiro, 1967, págs. 153 y ss.; *La libertad civil según los juristas*

to del *pactismo civil*, entramado sin el cual no hubiese arraigado el *pactismo político catalán* (71). Corresponde al principio navarro «*paramiento fuere vience*» (72) y la regla aragonesa *stamdum est chartae*, con su corolario, «*cartas rompen fueros*» y su regla complementaria *standum est consuetudine* (73), común a las demás regiones forales, ya expresado en Cataluña (74) en el *usatge* «*Una quaque gens*» (75) y en Navarra por la divisa de los infanzones de Obanos «*Pro libertate patria gens libera etate*» (76).

La esencialidad del primer principio fue expresada por Falguera (77): «el pueblo en que el jefe de familia no puede arreglar sus asuntos domésticos sin pedir permiso al juez o al alcalde, o sin consultar de continuo la ley, es un pueblo esclavo, por más que se le deslumbre con otras libertades de oropel» ... «¿Qué sacaremos de ser reyes en el Parlamento si no podemos reinar en nuestra casa?».

«Piensan —decía Costa (78) de los partidarios del "doctrinarismo francés"— que el pueblo es ya rey y soberano, porque han puesto en sus manos la papeleta electoral; no lo creáis; mientras no se reconozca además al individuo y a la familia la libertad civil, y al conjunto de individuos y de familias el derecho de estatuir en forma de costumbres, aquella soberanía es un sarcasmo, representa el derecho a darse periódicamente un amo que dicte la ley, que le imponga su voluntad: la papeleta electoral es el harapo de púrpura y el cetro de caña con que se disfrazó a Cristo de rey en el pretorio de Pilatos».

Es una concepción contrapuesta a la del contrato social de Hobbes

de las regiones forales, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1967, y *La libertad civil según los juristas de derecho forales*. en *Anales de la Universidad de La Laguna*, Facultad de Derecho, vol. VI, 1967-1968, págs. 3 y ss., y en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XVII, 1972, págs. 289 y ss.

(71) Cfr. nuestro estudio *Valor jurídico de las leyes paccionadas en Cataluña*, Preámbulo, 4, en *El pactismo en la historia de España*, Madrid, Instituto de España, 1980, págs. 82 y s.

(72) Cfr. JUAN GARCÍA GRANERO FERNÁNDEZ, *Anotaciones de un iusforalista sobre el libro de un lingüista: "Registro del Consejo de Olite" de Ricardo Ciérvide*, II, B, 4, en *An. Dr. Foral*, II, Pamplona, 1976-1977, pág. 346, señala que la esencia del aforismo "*paramiento fuero venze*" (F. G. N. 2, 4,20) o "*paramiento ley venze*" (F. Novenera 242), "representa la primacía de la voluntad privada sobre la ley y la costumbre".

(73) Cfr. JOAQUÍN COSTA, *op. cit.*, cap. VI, *Renovación del Código por la costumbre*, pág. 191.

(74) Cfr. nuestro estudio *Cotejo con la escuela histórica de Savigny*, III, 17, en "Rev. Jur. de Cataluña", LXXIX, 1, págs. 13 y s.

(75) *Usatge* 139: "*Casquna gens eleis a si sa propia costuma per lig, car longa costuma per lig es recebuda*".

(76) Cfr. JOSÉ JAVIER LÓPEZ JACOÍSTE, *Los principios generales de la codificación foral de Navarra*, III, I, *La libertad Civil*, en R.C.D., I, XLII mayo-junio 1966, pág. 622.

(77) FÉLIX M.^a DE FALGUERA, *Idea general del Derecho catalán. Su espíritu y principios que lo informan*, en "Conferencias de Derecho catalán", Barcelona, Impr. Luis Tasso, 1883, págs. 13 y s.

(78) JOAQUÍN COSTA, *op. cit.*, cap. VI, *Renovación del Código por la costumbre*, pág. 177.

o el de Rousseau y a su inherente *aliénation totale*. No en vano en el pacto político que, siendo arzobispo de Valencia, el franciscano gerundense Francesc Eiximenis (79) —inspirándose en la forma en que se integró la población catalana tras la reconquista— formuló en 1385: las comunidades «jamás» dieron «potestad absoluta a nadie sobre sí mismas, sino con ciertos pactos y leyes...».

El derecho no emana de Leviatán, ni su escalonamiento arranca del vértice de la pirámide jurídica. Por eso expresó Torras y Bages (80): en el Estado liberal «se construye comenzando por la cima, es decir, de una manera antinatural», «en Consejo de Ministros o en una Junta Central», en lugar de comenzar «por la base», «por los fundamentos», como en los «núcleos de organización propiamente nacional»; en éstos las normas de derecho «se forman no por una resolución de los ciudadanos, sino en virtud de la fuerza natural de las cosas».

El *consensus* popular, ha precisado Almeda (81), no hay que buscarlo «en las necesidades y abstracciones de una opinión» que «proclama la razón autónoma legisladora de sí misma», «idealismos» con los que «se quita estabilidad a los juicios morales, base de los jurídicos». La costumbre como fuente del derecho «es inconciliable con dicha opinión porque nunca resultará de ella una regla obligatoria». Es fruto de la razón aliada con la experiencia, ante las necesidades de la vida. Y, por ello, Maspons Anglasesell (82) las estimó de mayor nobleza que «las leyes emanadas no de la experiencia sino del racionalismo legislativo de un número reducido de hombre que (...) resuelven a base de teorías».

IV

LA FUENTE PERENNE DE LA JUSTICIA

7. Pero la imagen de la fuente, referida al origen del derecho, no fue creación de Grocio; y su significado anterior era más hondo. La *Partida* 3, 1, 1, emplea, tomándola de «los Sabios» —así lo dice—, la comparación de la justicia a la «fuente perenal». Explica que, como ésta, «ha en sí tres cosas», y las narra en su transparente lenguaje castellano. La primera, que «*assi la justicia cata siempre do nasce el sol verdadero, que es Dios*». La segunda, que «*la Justicia siempre es en sí, que nunca se desgasta; nin mengua; e resciben en ella mayor*

(79) FRANCESC EIXIMENIS, *Dotze del crestià*, cap. 156; cfr. transcrito por Torras y Bages, en *La tradició catalana*, II, cap. IV, V, cfr. 2.^a ed., Vic. Impr. Vda. de Ramón Anglada, 1906, pág. 430.

(80) JOSEPH TORRAS Y BAGES, *Bisbe de Vic.*, op. cit., I, cap. XVI, págs. 94 y s.

(81) JOAQUÍN ALMEDA Y ROIG, *La costumbre como fuente del derecho*, en "Rev. Jur. de Catalunya", XIV, 1908, págs. 20 y s.

(82) JOSÉ M.^a MASPONS Y ANGLASELL, *El dret català, La seva gènesis. La seva estructura. Les seves característiques*, III, Barcelona, Ed. Barcino, 1954, pág. 52.

sabor los que la demandan, e la han menester, mas que en otra cosa». La tercera, que «el derecho que sale de la Justicia, tuelle e contrasta las cosas malas e desaguisadas, que los homes facen».

Gregorio López (83), al glosar las palabras «los Sabios», remitió al opúsculo 61 de Santo Tomás (84), titulado *De dilectione Dei et proximi*, que la crítica considera apócrifo. Este opúsculo, en su cap. XVII, cuando expone el grado sexto, lo explica con la imagen de las cinco fuentes derivadas de Dios y de cuyas aguas potables se alimentaron los ríos de los que fluyen desde las diversas ciencias intelectuales hasta la inteligencia del alma. «*Fons igitur dicitur metphorice omnis substantia cum de ipsa fluunt accidentia, ut de causis effectus, de fonte riuus*».

Puestas en contraste, la imagen expuesta por el Rey Sabio y la expresada por Hugo Grocio muestran una diferencia profunda. En la de éste, la fuente del derecho civil se halla en el *stare pactis* que surge de las entrañas del *apetitus societatis*; no es hallazgo sino construcción de la mente y de la voluntad humana para vincular a los miembros de una sociedad. En aquélla, la fuente trasciende al hombre: la Justicia no es, para él, objeto de su fabricación, sino de búsqueda; para lo cual ha de remontarse hasta allí donde mana.

El Prólogo del mismo Alfonso el Sabio, muestra este objetivo que procuraba alcanzar y explica que, por ello, redactaba las *Partidas*. Para que, tanto él como sus sucesores: «*sopieemos ciertamente los derechos para mantener los pueblos en justicia y en paz*»; y a fin de que «*los entendimientos de los omes, que son departidos en muchas maneras, se acordassen en uno con razón verdadera e derecha*».

Se trataba de que conociesen «*los omes cumplidamente*», «*cada uno en su estado, qual es lo que le conviene que faga en el, e de lo que se deue guardar*» y «*de los estados de otras cosas que deuen obedecer*». Así como «*conviene a los Reyes*»: «*conocer las cosas según son e estremar el derecho del tuarto, e la mentira de la verdad; ca el que no supiere esto, no podra fazer la justicia bien e cumplidamente, que es dar a cada uno lo que le conviene cumplidamente e lo que meresce*».

Por ello —explica— «*como no podriamos Nos faltar por nuestro entendimiento, ni por nuestro seso*», y —luego de invocar a Dios, a su hijo Jesucristo, a la Virgen Santa María y a toda la Corte celestial— expone que «*tomamos de las palabras e de los buenos dichos que dixeron los Sabios que entendieron las cosas razonadamente según natura, e de los derechos e de las leyes e de los buenos Fueros que fizieron los grandes Señores, e los otros omes sabidores de derecho, en las tierras en que ouieron de juzgar E pusimos cada una de estas razones do conviene*».

Nada, pues, más alejado del apotegma *quod Principi placuit legis habet vigorem*. Tanto como de la *excusatio non petita* de algunos le-

(83) GREGORIO LÓPEZ, *Glosa a la palabra perenal de la Partida 3,1,1*; cfr. ed. cit., vol. II, pág. 7, nota 12.

(84) DIVI THOMAE AQUINATIS, *Opuscula omnia*, 61, cap. XVII, 6.^a gradus; cfr. ed. Venecia, apud. Dominicum Nicolinum, 1593, "Complectens", vol. XVII, fols. 86 y s.

gisladores modernos que proclaman que *la ley es expresión de la voluntad del pueblo*.

En esa misma línea del Prólogo, prosigue el Proemio del título I de la Primera Partida: «*E departimos cada una partida por títulos, que quiere tanto decir como suma de razones en que se muestran todas las cosas cumplidamente según son, e el entendimiento que han son llamadas leyes*».

Es decir, ley es el «*entendimiento*» de cada cosa: y, recogido por escrito, explica la Partida 1, 1, 4: «*Ley tanto quiere decir como leyenda en que yace enseñamiento*». O sea, que da por escrito, para su lectura, la enseñanza obtenida del entendimiento de «*las cosas razonadamente según natura*».

Esta dimanación del derecho, es decir, su genuino origen en la justicia, es reflejado semánticamente en latín. Así, en el proemio de la ley primera del Digesto, explica Ulpiano, de donde el «*nomen iuris*» descende: «*Est autem a iustitia appellatum; nam ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*» (85).

Derecho es lo derecho, lo recto, lo acorde con la justicia. Por eso, ha de empapar de ésta todas sus soluciones. Y, para lograrlas sin error, adecuadas, ha de buscar y recoger el agua de su fuente genuina.

De ahí las dos primordiales significaciones que Santo Tomás de Aquino (86) ofrece del derecho. La originaria: «*ipsam rem iustam*», y la derivada: «*artem que cognoscitur quid sit iustum*». La misma cosa justa y el arte con que se discierne lo que es justo.

Se trata de «saber», «de conocer» —según el Prólogo de las Partidas—, de «*cognoscere*» —según el verbo empleado por Santo Tomás de Aquino—, o sea, de «discernir». Pero, se trata de un *saber objetivo* que —como el Aquinatense (87) escribió— se aprehende en la naturaleza, «*ex ipsa natura rei*», como «*ius naturale*». La «*cosa justa*» —ha recordado recientemente André-Vincent (88)— es *mediadora* en la *relación interpersonal* que debe ser juzgada; relación que, por ello, es «esencialmente objetiva».

Como se discierne objetivamente lo trataremos de mostrar a medida que examinaremos las cuestiones que siguen.

V

RELACION ENTRE LAS PALABRAS «FUENTES» Y «DERECHO»

8. Hemos recordado que el artículo 1, 1, Código civil refiere la palabra «fuentes» al «ordenamiento jurídico español» y que la doc-

(85) ULPIANO, *Dig.* 1, 1, 1, pr.

(86) Santo TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II^a-II^ac, q. 57, a 1, adu 1.^a.

(87) *Ibid.*, a. 2, resp.

(88) Ph. I. ANDRÉ-VINCENT, o. p., *La distinction réelle du droit et de la loi selon Saint Thomas d'Aquin*, en *La pensée Catholique*, 191, marzo-abril 1891, págs. 83 y s.

trina, desde Savigny para acá, habla de fuentes del derecho, dando a esta última palabra un sentido objetivo de conjunto de reglas —diríamos el estanque donde el agua de ellas vierte. Es otro significado, distinto del expresado por Aristóteles (89), como equivalente a lo «justo» concreto, y por Paulo (90), en su primera acepción «*quod semper aequum et bonum est*», o del de Celso, recogido por Ulpiano (91), de «*ars boni et aequi*», acepciones ambas referidas y recogidas por Santo Tomás. Pero, junto a esos dos significados, que antes hemos repetido, hallamos un tercero expuesto por Francisco de Vitoria (92), quien, a las acepciones «*quod iustum est*» y «*pro peritia artis*», añadió una tercera «*pro lege ipsa*», si bien, a las dos últimas, observara que, como «*ius est posterius iustitia*», consecuentemente «*ius a iustitia illo modo derivatur*», es decir, no sólo semánticamente, sino por ser justo.

Es cierto que no era nuevo este otro significado, correspondiente al que actualmente predomina (aunque hoy, en general, totalmente positivizado). Se halla en sendos textos de Papiniano (93) conforme el cual *ius*, «*ex legibus, plebiscitis...*», etc., «*venit*», y de Pomponio (94), que equipara «*aut iure, id est lege*». Sin embargo, lo que importa es dónde se pone el acento, es decir, si donde lo señaló Vitoria, o sea, en la justicia, o bien en la ley positivamente impuesta. En el primer caso el derecho se centra en el resultado del juicio que se propugna justo y equitativo; la ley es un medio para alcanzarlo.

Santo Tomás de Aquino, como hemos visto, centró el concepto en el «*objectum iustitiae*», en la «*ipsam rem iustam*» (95). Tanto que explica (96) por qué rechaza la acepción que aplica el nombre de derecho a la ley, ya que, «así como de las obras externas que se realizan por el arte, preexiste en la mente del artista cierta idea que es la regla del arte, así también la razón determina lo justo de un acto, *quaedam ratio praexistit in mente quasi quaedam prudentia regula*», que «si se formula por escrito tiene el nombre de ley». Y de ahí, que «*lex non est ipsum ius proprio loquendo, sed aliqualis ratio iuris*».

Aliqualis ratio iuris, «cierta razón de derecho», es decir, la ley es razón de derecho, «en cierto modo» —comenta André Vincent (97)— para indicar la imperfección de la ley humana y advertirnos de que lo justo «no será necesariamente lo legal»; pues, *ratio iuris* no es traducible por *fuerza del derecho*, si damos a esta última palabra el significado «precontenido en la ley y realizado por simple aplicación».

(89) ARISTÓTELES, *Ética a Nicomaco*, V, III,

(90) PAULO, *Digesto*, 1, 1, 11.

(91) ULPIANO, *Digesto*, 1, 1, 1, pr.

(92) FRANCISCO DE VITORIA, *Lectura a la quæ* 57, art. 1 del *Tratado de la Justicia de Santo Tomás*, n. 7; cfr. en *De Iustitia*, Madrid, Asociación Francisco de Vitoria, 1934, pág. 4.

(93) PAPINIANO, *Dig.* 1, 1, 7, pr.

(94) POMPONIO, *Dig.* 1, 2, 2, 12.

(95) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, II^a-II^{ae}, q. 57 a 1, resp. y ad. 1.

(96) *Ibid.*, ad. 2.

(97) ANDRÉ-VINCENT, *loc. cit.*, pág. 84.

Lo que, a su juicio, resultaría «en grave contradicción con la noción tomista».

Hace nos años, el profesor de la Sorbona Michel Villey (98), hizo notar que las viejas definiciones del derecho, o de la palabra equivalente, en Grecia, en Roma y en la Europa medieval hasta comienzos de la Edad moderna, no expresan una cosa (sustantivada), sino un predicado; y que las propias denominaciones *ius*, *diritto*, *droit*, *derecho*, *recht*, *right*, derivan de un adjetivo y conservan un valor adjetivado indeterminado. Sentido muy diferenciado del que han venido dando todas las definiciones que la doctrina moderna ha formulado del derecho, en su significado objetivo, como equivalente al conjunto de *normas* o *reglas* jurídicas y, por excelencia, a las *leyes* en sentido genérico (99).

La distinción es importante por la misma razón antes expresada que, según luego veremos, incide prácticamente en el sentido de la expresión, que compone «fuentes del derecho».

9. Papiniano (100), aún sin emplear la palabra fuente, define el derecho civil por el contenido que «dimana» (*venit*) de lo que hoy calificaríamos con aquella expresión: «*Ius autem civile est, quod ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit*».

Pero, en general, las referencias legales que hallamos en los textos históricos, hasta la versión originaria del artículo 6, 2, del Código civil, inclusive, concretan la relación y orden de prelación de los que llamamos fuentes sólo como indicación a los jueces de las normas que preferentemente deben aplicar, como reglas para resolver los casos concretos sometidos a su juicio.

Así lo vemos, sin salirnos de España:

— En el *usatge* 81 *Iudicia curiae*; en el capítulo III dado por Jaime I en las Cortes de Barcelona de 1259; en el de Martín el Humano en las de 1409, también de Barcelona; en la constitución de Felipe III (II en el Condado de Barcelona) de 1559.

— En el prólogo de los Fueros de Aragón (Huesca 1247) o *Vidal Mayor* 1, 5.

— En el *Ordenamiento de Alcalá* dado por Alfonso XI en 1348 y en el proemio de las leyes de Toro aprobadas por Juana la Loca.

— En la Ordenanza XLIII de Carlos III el Noble de 1417, en Navarra.

El artículo 6, 2, del texto originario del Código civil español, sin precedentes en el Proyecto de 1851 ni en el Anteproyecto de 1882-1888, no hizo sino completar la disposición de su § 1.º, que decla-

(98) MICHEL VILLEY, *Une définition du droit*, en *Archives de Philosophie du Droit*, IV, 1959, págs. 54 y s.

(99) Así C. AUBRY y C. RAU, *Cours de droit civil français*, vol. I, § 1.º, cfr. ed. París, 1861, y LEVY ULLMAN, *La definición del Derecho*, Iparte, cap. II, cfr. ed. española, Madrid, 1925, págs. 27 y ss., así como el últimamente citado estudio de M. VILLEY, págs. 48 y ss.

(100) PAPINIANO, *Dig.* 1, 1, 7, pr.

raba incursos en responsabilidad los tribunales que rehusasen fallar «a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes». Párrafo que corresponde al artículo 4 del *Code civil*.

El Código de Napoleón no había señalado, como más tarde haría el español de 1889 (art. 6, 2), qué derecho debían aplicar jueces y tribunales a falta de norma legal referible al punto controvertido. Pero ese silencio no fue causado por la creencia de que el *Code* agotaba el derecho. Por lo menos, Portalis (101) reconoció su imposibilidad en el *Discurso preliminar* de su proyecto. Luego de señalar en él que la ley no puede descender a todas las cuestiones, apunta la labor del magistrado y del jurisconsulto y señala que «el verdadero suplemento del legislador», es: «un depósito de aforismos, de decisiones y de doctrinas que diariamente se depura por la práctica y al choque de los debates judiciales, que se acrecienta sin cesar por obra de todos los conocimientos adquiridos», que «en todo momento ha sido considerado», como tal, «en todas las naciones civilizadas», «bajo la vigilancia del legislador».

En suma, como resumen de esta perspectiva, podemos concluir que, en general, las que hoy son denominadas fuentes del derecho y la determinación de su orden de prelación, tradicionalmente se venían refiriendo al «derecho», no como estanque que recogiera todas las normas y reglas jurídicas positivas, sino como justa solución concreta del caso controvertido y que el juez o tribunal debe resolver. Se declaraban «fuentes» —digámoslo con la terminología actual— del «derecho» considerado como *objectum iustitiae*, para resolver *quod iustum est*, equivalente a «lo que es derecho»: y no trataba de determinar el contenido normativo del ordenamiento jurídico estatal —dicho también en la terminología y conceptos de hoy, muy distintos de los reconocidos y utilizados en aquellos tiempos.

10. Lo expuesto hasta aquí requiere, perentoriamente, para su buen entendimiento, que confrontemos el significado de lo que hoy denominamos fuentes del derecho, empleado para el hallazgo de lo justo concreto», cuando se estima que, precisamente, en esto radica el derecho en su significado de *objectum iustitiae*, comparándolo con la concepción que centra la calificación de derecho en «la norma» o en «el ordenamiento» iuspositivos, de modo tal que lo justo concreto resulta de la correcta aplicación de aquélla dentro del sentido de éste.

Tenemos, frente a frente, dos concepciones del derecho y de sus fuentes, de la ley y de su interpretación y aplicación. En una y en otra, la función de los jurisconsultos y del poder público —hoy del Estado— es muy diferente. La manera de razonar jurídicamente, la de interpretar las normas y el modo de juzgar son diversos. Las fuentes no se hallan en el mismo sitio y su contenido no tiene igual significado. En una, el conjunto de las fuentes constituye un sistema cerrado que incluso subsume los principios generales del derecho como ideas o va-

(101) PORTALIS, *Discurso preliminar del Proyecto de Código civil francés*; cfr. ed. cit., págs. 36 y s.

lores informadores del propio sistema (102) y la labor de los juristas es convertida en derecho científico, con la función de operar la construcción conceptual de las instituciones del sistema (103); mientras, en la otra, no hay sistema cerrado ni ordenamiento propiamente dicho, en los significados que hoy se pretende atribuir a esta palabra, sino que las leyes y las costumbres se hallan inmersas en una realidad jurídica que las trasciende y dentro de la que aparecen como archipiélagos de islotes en el océano del derecho natural y de gentes.

Esta última perspectiva, que la distingue de las concepciones positivistas, la hallamos en el derecho romano, incluso en su compilación Justiniana.

Así, Gayo (104), en el texto conocido por ley «*Omnes populi*», señala que cuantos se rigen por leyes y costumbres, «*partim suo proprio, parti communi omnium hominum iure utuntur*». Ulpiano (105) señala que derecho civil «es aquél que ni se aparta del todo del natural o el de gentes, ni en todo («*per omnia*») se conforma con él; y así, cuando añadimos o quitamos algo del derecho común hacemos el derecho propio, es decir el civil». Y Pomponio (106), todavía precisa que, dentro del derecho civil romano, había de distinguirse el determinado por la ley, «*id est lege constituitur*» y el que «*sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*».

Michel Villey (107), comenta este texto: «el jurista romano interpreta careciendo de texto escrito (*sine scripto*) en el "libro" de la naturaleza, las instituciones y las costumbres de la sociedad ("*mores populi romani*")», en las cuales se descifra en plan del orden natural». Y apunta que, para Pomponio, intérprete «es el *intermediario* entre ese conjunto de signos, que su profesión le permite conocer y desentrañar, y la sentencia particular. Lo que interpreta es el *derecho*, más que una ley, un contrato o un testamento (*interpretatio iuris*)».

Esto explica que, en Roma, se diera el hecho, advertido por Schulz (108), de que «en cerca de quinientos años de alta cultura» y «en particular de cultura jurídica singularmente elevada», desde la guerra de Aníbal hasta Diocleciano, «la promulgación estatal del derecho queda en segundo plano, circunscrita a determinadas funciones».

(102) Cfr. FRANCISCO ELIAS DE TEJADA, *Los principios generales del derecho en el artículo 1 del Código civil reformado en 1973*, en "Estudios sobre el Título Preliminar del Código civil" de la Academia Matritense del Notariado, Madrid, 1977, vol. I, págs. 83 y s. Donde plantea el dilema de considerar los principios generales de derecho: como saber filosófico —como él estimó—, o bien, como mero saber científico en el caso de entenderlos integrados en la ley y en la costumbre— como opinó la escuela histórica y, en general, presupone el positivismo jurídico.

(103) Cfr. SAVIGNY, op. y vol. cit., §§ XIX y XX, págs. 110 y ss.

(104) GAYO, *Dig.* 1, 1, 9.

(105) ULPIANO, *Dig.* 1, 1, 6, pr.

(106) POMPONIO, *Dig.* 1, 2, 2, 12.

(107) MICHEL VILLEY, *Preface* al vol. XVII de los *Archives de Philosophie du Droit*, 1972, "*L'interprétation dans le droit*", págs. 4 y ss.

(108) FRITZ SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*; cfr. versión italiana, Florencia, Sansoni, 1946, págs. 5 y ss.

En el bajo medievo, en el desarrollo del *ius commune*, ocurre un fenómeno semejante. Las disposiciones legales no eran numerosas ni demasiado extensas, se entrelazaban con el derecho estatutario local, o fueros, y con las costumbres. Derecho espontáneo, basado en la *convicción* jurídica del pueblo, guiado por sus juristas, adaptado a la *convenientia rerum*, que formaba una *opinio necessitatis* u *opinio iuris* y era vivido como conveniente y justo (109).

Y este derecho peculiar se hallaba inmerso en el *ius commune*, o sea, el derecho romano, corregido en algunos aspectos por el canónico aplicado no *ratione Imperii* sino *imperium ratione* (110), es decir, como *razón escrita* o *buena razón* (111). Fue enriquecido por las opiniones de glosadores, primero, y comentaristas, después, que lo adaptaron a las nuevas necesidades experimentadas (112). Opiniones que, a su vez, eran confrontadas y sometidas al *argumentum veritatae* para hallar cuál de ellas estaba *optima ratione munita* (113).

Para valorar este entrecruce del derecho real o territorial, del estatutario, del consuetudinario, escrito o no, y del común, acoplados por la labor de los juristas, es conveniente contemplar de qué modo una situación podía ser justa: es decir, ser derecho en el sentido de *res iusta*.

Algo podía ser *iustum* o *adaequatum*, es decir, *ius* o *derecho*, de dos maneras, que explica Santo Tomás de Aquino (114). Uno: *ex ipsa natura rei*» ... «*Et hoc vocatur ius naturale*». Otra, «*ex conducto sive ex communi placito*», lo que podía producirse de dos modos, o por convenio privado «*sive quod firmatur aliquo pacto inter privatas personas*»; o bien «*ex conducto publico*», es decir, por costumbre o por ley: «*Et hoc vocatur ius positivum*».

El derecho humano, es decir, el civil de los pueblos —como dijeron Gayo y Ulpiano en los textos que acabamos de citar— recogen por escrito uno y otro derecho. Lo ordenado en él que sea indiferente al derecho natural, se hace justo y deja de ser indiferente una vez establecido por la ley. Lo justo natural, recogido por la ley humana, «no toma su fuerza de la ley, sino de la naturaleza»; pero así como aquella «no da fuera al derecho natural tampoco puede disminuirse o quitársela, pues la voluntad del hombre no puede inmutar la naturale-

(109) Cfr. JOSÉ M.^a MASPONS ANGLASELL, *op. cit.*, III, pág. 52.

(110) Cfr. FRANCESCO CALASSO, *Medioevo del diritto*, Parte II, capítulo VIII, 3; cfr. ed. Mián Giuffrè Ed., 1954, pág. 614.

(111) Cfr. CALASSO, *loc. ult. cit.*; GUILHERME BREGADA CRUZ, *El derecho subsidiario en la historia del derecho portugués*, Madrid, 1971, R. A. Jurisprudencia, págs. 41 y s.; ALEJANDRO GUZMÁN, *Razón escrita*, en "Rev. de Est. Juríd." de Universidad de Valparaíso, IV, 1979; así como nuestro estudio *Cotejo con la escuela histórica...*, III, 24, R. J. C., LXXX, 1980, 1, págs. 287 y ss.

(112) Cfr. FRANZ WIAECKER, *Historia del Derecho romano en la Edad Media*, I, 4; cfr. ed. Madrid, Aguilar, 1957, págs. 38 y ss.; y P. KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano*, cap. VIII; cfr. ed. castellano, Madrid, Ed. Rev. Dr. Priv., 1965, págs. 144 y ss.

(113) Cfr. KOSCHAKER, *op. y cap. cit.*, págs. 150 y ss.

(114) Santo TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, II^a-II^a, q. 57, a. 2, *resp.*

za» (115). Ahí tenemos la distinción entre *conclusiones* y *determinaciones*. Y de eso también la calificación de la ley humana como «ordenación racional al bien común» (116) y como «*dictamen practicae rationis*» (117).

Pero, aun las leyes rectamente establecidas para la generalidad de los casos, no deben observarse en los otros en que resultarían deficientes, «*in quibus si serveretur, esset contra ius naturale*», sino que debe recurrirse a la equidad (118).

El derecho espontáneo, consuetudinario, se armonizaba con el legislado mediante el criterio de la racionalidad (119). De ser racionales uno y otro, prevalecen las costumbres frente a las leyes que no están en armonía con las tradiciones de la patria (120), o si se trata de un pueblo libre y capaz de imponerse sus propias leyes; o, en caso contrario, si las toleran aquéllos a quienes corresponde instituir leyes (121).

11. Esa diversidad de sistemas ha de repercutir necesariamente en el juego de las fuentes en la interpretación y aplicación del derecho. No puede ser el mismo en un derecho monopolizado por el Príncipe, o emanación de un Estado que se autocalifique «de derecho» y eleve su voluntad legislada a fuente omnipotente, primera y casi única en cuanto tan sólo supletoriamente delega en las demás (122), que en un derecho predominantemente desarrollado por el pueblo de modo espontáneo, aunque guiado por sus prácticos y elaborados por juristas en busca, por ambas vías, de lo objetivamente justo y conveniente, con la ayuda de las normas recogidas en leyes, estatutos y repertorios de costumbres escritas, que los poderes públicos protegen y hacen guardar (123) pero que tan sólo lo corrigen en caso de resultar preciso.

Este segundo sistema no ofrece riesgo de subjetivismo ni de anarquía, pues sitúa el derecho, como objeto de la justicia, en la misma cosa justa, *ipsam rem iustam*, mediadora —como subraya André Vincent (124)— de la relación interpersonal que valora, y dado el empleo por los juristas de un riguroso método de confrontación de criterios para resolver la problemática concreta.

No debe ser igual la indagación de las *determinaciones* —fijación arbitraria de la norma positiva dentro del ámbito de lo que, si bien

(115) *Ibid.*, q. 57 a. 2.

(116) *Ibid.*, I^a II^o, q. 90, a. 4.

(117) *Ibid.*, q. 91, a. 1, resp.

(118) *Ibid.*, II^a II^o, q. 60, a. 5, ad. 2.

(119) *Ibid.*, I^a II^o, q. 97, a. 3, ad. 1 y 2, y SAN RAIMUNDO DE PEÑAFORT, *Summa Iuris* o *Summa Raymundis*, I, cap. IX.

(120) SANTO TOMÁS, *quaest.* últ. cit., ad. 1, vers. fin., y SAN RAIMUNDO, *ibid.*

(121) SANTO TOMÁS, *Ibid.*, ad. 3, y SAN RAIMUNDO, *Ibid.*

(122) Cfr. nuestro estudio *Los juristas ante las fuentes y los fines del derecho*, en "Estudios de Derecho Civil (Homenaje al Dr. Luis Moisset de Espanés)", Buenos Aires, Ed. Universidad, 1980, págs. 625 y ss.

(123) *Algunas observaciones en torno a las fuentes del Derecho*, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia*, 2, 1974, págs. 19 y ss., y en "Estudios sobre el Título Preliminar del Código civil", de la Ac. Matritense del Notariado, *cits.*, vol. I, págs. 3 y ss.

(124) ANDRÉ-VINCENT, *loc. cit.*, pág. 83.

debe ser determinado, es indiferente en principio que se haga de uno u otro modo—, en las cuales ha de estarse a lo dispuesto por la ley positiva, que la necesaria para formular las *conclusiones*. Estas resultan, como hemos visto, *ex ipsa natura rei*. Pero el Aquinatense (125), en este punto, precisa que algo, *ex sui natura*, podía resultar «*adaequatum vel commensuratum alteri*» de dos modos: Uno, considerando la cosa absolutamente y en sí misma, «*secundam absolutam sui considerationem*». Otro, considerándola en relación con las consecuencias dimanantes de ella, «*secundum aliquod quod ex ipso consequitur*».

En el primer caso predomina el juicio de la *sindéresis*, «*ut intellectus vel natura*» (126), juzgando por las primeras inclinaciones naturales, según su fin y en sí mismas (127). Equivale a lo que la Compilación de Huesca de los Fueros de Aragón de 1247 (128) denominó «*natural seso et memoria*», y a lo que Jaime I en las Cortes de Barcelona de 1251 (129) calificó de «*sensum naturale*» o «*seny natural*», y a lo que Vico (130) denominaría *equidad natural*, equivalente al *derecho natural de las gentes*, «*surgido con las costumbres de las naciones, concordantes entre ellas en un sentido común humano y sin reflexión alguna*».

En el segundo caso, el Aquinatense preconiza el empleo de la inducción y de los juicios prudenciales, atendidas las pautas del bien común y de la pública utilidad (131), que requiera la «*diligente investigación de los sabios*» (132) y el juicio «*de los prudentes y los expertos*» (133).

Corresponde a la *bona ratio* o *bona ratio* de la Constitución que Martín el Humano convino con las Cortes de Barcelona de 1409 (134), inseparable de la *equitat* y del *dret comú*, con los que mantenía una constante interacción, como vemos en los comentarios de Tomás Mieres que vamos a confrontar.

— «*Aequitas est convenientia rerum*» (135), «*quod naturalis ratio suadet*» (136); y «*debet attendi non pura naturalis, sed mixta ex tra-*

(125) SANTO TOMÁS DE AGUINO, *S. Th.*, II^a-II^{ae}, q. 57, a. 3, resp.

(126) Cfr. FRAY SANTIAGO RAMÍREZ, O. P., *El Derecho de gentes*, 12, A, B, Madrid, Ed. Studium, 1955, págs. 81 y ss.

(127) SANTO TOMÁS, *S. Th.*, I^a-II^{ae}, q. 94, a. 4, y II^a-II^{ae}, q. 57, a. 3, resp. y *ad. 4*.

(128) *Vidal Mayor*, 1, 5.

(129) Capítulo III de la Constitución de 1251.

(130) G. B. VICO, *Scienza Nuova*, Lib. I, sec. II, CV, cfr. "Oppere", cit., pág. 674.

(131) Cfr. nuestro trabajo *Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomás de Aquino*, §§ 5 y ss., en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Federico de Castro*, Madrid, I.N.E.J., 19 págs. 711 y ss.

(132) SANTO TOMÁS, *S. Th.*, I^a-II^{ae}, q. 100, a. 3, resp.

(133) *Ibid.*, q. 95, a. 2, *ad. 4*.

(134) Cfr. su comentario por TOMÁS MIERES, *Apparatus super Constitutionibus Generalium Curiarum Cathaloniae*, II, coll VIII, cap. II, nn. 30 y ss., cfr. ed Barcelona, Tip. Sebastián Cornellas 1621, págs. 162 y siguiente.

(135) MIERES, *Apparatus*, II, coll VIII, cap. II, 39, pág. 162.

(136) *Ibid.*, 33, pág. 162.

dationibus iuris postivi, et non restringenda ad solas personas inter quas agitur» (137), criterio ya esbozado en Roma por Trifonino (138).

— El *ius commune* lo distinguía en *scriptum*, que incluía el derecho canónico y el romano, éste tan sólo en cuanto estuviere nutrido de equidad y buena razón (139), y el *non scriptum* que se le llama «común» porque «*est idem apud omnes*» y equivale a la *aequitas naturalis* que «*ab homine surgit et nascitur ex industria et genio naturali et illud assumit pro materia*» (140).

— «*Ratio est quiddam motus omnini visum, mentis acuens veraque a falsis distinguens*», que puede ser tomada de muchos modos: «*pro rationi legis, pro rationi naturalis, pro rationi iuris gentium, pro ratione positiva*», o como «*ratio sensus corporis*» (141).

Y también corresponde a la que Vico (142) designaría por *equidad civil*, al alcance de la reflexión de unos pocos jurisprudentes que con su prudencia inducen lo necesario para la conservación de las sociedades humanas. Requiere de ellos el conocimiento de lo *vero*, mediante el cultivo de la filosofía y de la historia, abarcando desde la contemplación del gobierno del mundo por la providencia divina, un severo análisis del pensamiento humano en torno de lo necesario y útil para la vida social, un arte de crítica, incluso metafísica, y el criterio del *scire per causas* o *verum ipsum factum*, observado en la historia de las naciones, cotejada con la ideal y eterna. Además del conocimiento del *certo* de las leyes, con su análisis filológico (143), y de las viejas costumbres (144).

En suma, ese arte *qua cognoscitur quid sit iustum*, al combinar el conocimiento *de la cosa en sí misma* —a través del hábito de la *sinéresis* nutrido por la experiencia— con el examen *de las consecuencias dimanantes de la cosa* —mediante la inducción y los juicios prudentiales—, permite alcanzar la luz de los primeros principios, con el primer examen, y el fruto de las experiencias y una aguzada visión del futuro, con el segundo. Así, sin perder de vista los principios universales, de una parte y, de otra, las circunstancias más singulares del caso, ese método observa la naturaleza del hombre y de las cosas, emplea la experiencia vital e histórica, y usa de la razón comparativa, con ayuda de las experiencias acumuladas en las normas legales o consuetudinarias, y de las anteriores opiniones, respuestas y controversias de los juristas —romanos o del *ius commune*— como ayuda para avanzar en la determinación de lo justo concreto en cada caso planteado (145).

(137) *Ibid.*, 30, págs. 162 y 70, pág. 164.

(138) TRIFONINO, *Dig.* 16, 3, 31, pr. y 1.

(139) MIERES, II, coll. IX, cap. X, 18, págs. 216 y ss.

(140) *Ibid.* II, coll. VIII, cap. II, 60, pág. 163.

(141) *Ibid.*, II, coll. VIII, cap. I, 47, pág. 163.

(142) VICO, *Scienza Nuova*, I, II, CX, págs. 476 y s.

(143) *Ibid.*, CXI, págs. 321 y s., pág. 477.

(144) *Ibid.*, I, IV, 352 a 359, págs. 491 a s.

(145) Cfr. nuestro estudio, *Santo Tomás de Aquino y la lógica de lo razonable y de la razón vital e histórica*, 4 y ss., en "Anuario de Filosofía del Derecho", XIX, 1976-1977, págs. 22 y ss.

Este método riguroso vino a ser, como antes hemos visto, el empleado por los autores del *ius commune* en su versión *moss italicus* (146).

VI

REPERCUSIONES EN LA INTELIGENCIA, INTERPRETACION Y APLICACION DEL DERECHO

12. Michel Villey (147), al tratar del problema de la interpretación del derecho de un modo especialmente relacionado con sus fuentes, distingue tres tendencias generales:

a) El de la denominada *escuela de la exégesis*, que encerraba todo «el contenido de la solución de derecho en el texto mismo», del cual debería extraerse por entero «por procedimientos cuasi-mecánicos», o, todo lo más, de «la intención subjetiva del legislador».

b) La de un positivismo «más abierto», correspondiente a la *jurisprudencia de intereses* y a la de los *valores*, en virtud de la cual el jurista «prosigue el trabajo del legislador, actuando en su mismo espíritu». Las normas sugieren «una orientación, una pista (Gotlieb), el orden de preferencia entre los valores», y el intérprete razona por *analogía* «en función del fin», aun atendiendo al cambio de las situaciones, con «interpretación *ex nunc*». De tal modo «la función del jurista se aproxima más a la del intérprete *musical*, a quien las notas de la música no le dicen todo; que gracias a las notas, pero usando de otras indicaciones (p. e., biográficas) trata de impregnarse del espíritu del compositor, del que desarrolla su creación...».

c) La tercera, que es la propugnada por él, estima la regla de derecho «no tanto como un medio de dirigir una conducta que de buscar el *derecho natural*». Ya que «la regla no puede sino colocar jalones, aportar indicaciones fragmentarias que deben, *entre otras*, ayudar a descubrir lo justo»; aunque «no puede abarcar todo lo justo natural que por esencia es inexpresable». Así, la misión del jurista, «lejos de encerrarse en el texto y de extraer de él o desarrollar su sustancia, es más bien la de *confrontarlo* dialécticamente a otros textos o a otras especies de argumentos».

Es más, «no cabe que el jurista se abstraiga, en momento alguno, de esa mirada *de conjunto*. No puede interpretar una regla (de derecho natural) haciendo abstracción de las otras; pues si la regla tiene por función («pragmáticamente») la búsqueda de la justicia, comprobar su valor es seguir el sentido de la regla...».

Sin embargo, este criterio deja a salvo la interpretación de las normas positivas, que son *determinaciones* (no *conclusiones*), proce-

(146) Cfr. nuestro estudio *El Derecho romano como derecho común de la Cristiandad*, 16 y s., en VERBO, 111-112, enero-febrero 1973, páginas 124 y ss.

(147) Cfr. MICHEL VILLEY, Preface a *L'interprétation dans le droit*, en Arch.-Ph. Dr., XVII, 1972, págs. 4 y ss.

dentes de la autoridad política o del contrato, que deben entenderse de modo más literal y preciso.

Ese criterio corespone a la consideración de que la letra escrita de las leyes positivas e incluso la sistematización de todas ellas, no es sino una expresión incompleta del orden de las cosas, y que, por lo tanto, siempre ha de estar sujeta a adaptaciones y, aun, a correcciones. Lo cual requiere constantemente nuevas lecturas, competentemente efectuadas, y su confrontación en cada contexto concreto, pero sin perder la perspectiva general, realizada por jurisperitos debidamente formados que, a su vez, deben confrontar sus opiniones en tre sí, con las de quienes históricamente les precedieron y con la realidad vivida.

Este método riguroso de interpretar excluye toda lucubración meramente «cerebrina» y rechaza el subjetivismo, el impresionismo, el voluntarismo y la improvisación, tanto del legislador como de los intérpretes y jueces, obligados —unos y otros— a un riguroso examen de la realidad de las cosas, en su plenitud y en su supuesto específico concreto.

13. En visible contraste con la perspectiva que pone la fuente del derecho en la justicia objetiva, trascendente a la legislación positiva propia, tenemos la que «desciende» las fuentes más abajo de su manantial —que no quiere ver— rebajándolas a las bocas ostensibles de las tuberías artificiales que lo vierten y en el inmediato estanque al que surten, ignorando o silenciando su procedencia y origen. Este «acortamiento» de perspectiva no ha podido ni puede dejar de influir en la interpretación, que no es sino un volver a la fuente genuina en busca del agua clara y pura, sin morbos, lodos ni otros arrastres que la enturbien y despotabilicen.

En la perspectiva que acabamos de mostrar, legislador e intérprete se hallaban frente a la misma realidad midiendo y pesando las cosas objetivamente con el mismo criterio de justicia «*Et nota —expuso Mieres (148)— quod iudex debet iudicare aequitate inspecta; cum enim ex sententia ius fieri debet sicut ipse legislator aequitatem sequitur, ita iudicem sequi oportet; licet quandoque non ita sequatur, oculo iudicis caligante*».

Las diferencias principales se hallan en que el legislador observa según lo que de ordinario sucede; mientras el jurista atiende el caso concreto propuesto a su consulta o dictamen, y el juez el supuesto sometido a su juicio; y, además, en el hecho de que éstos se hallan pertrechados de un arsenal de normas, sentencias y opiniones que pueden ayudarles a valorar la realidad y situar adecuadamente el caso concreto controvertido.

La perspectiva cambia totalmente con el positivismo. El juez, conforme la escuela de la exégesis, no tiene sino subsumir el hecho sometido a su juicio en la correspondiente norma legal en vigor. La dogmática conceptualista que superó a la exégesis, con su aparato científico, poco varió la cuestión en lo referente a la aplicación del de-

recho; ésta siguió siendo una subsunción del caso en la regla estimada aplicable, aunque variase la forma de efectuarla al ser centrada en el análisis conceptual.

Para aclararnos este punto, Elías de Tejada (149) ha distinguido cuatro saberes jurídicos: común, técnico, científico y filosófico. Con el positivismo legalista de la exégesis, el saber jurídico queda circunscrito a un saber técnico, y con el positivismo historicista de la dogmática conceptual, se concibe como un saber científico. En cambio, en la concepción clásica —reflejada en la definición que Ulpiano (150): *Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitiae, iustæ atque iniustæ scientiæ*— y en la que predominó en el período del *ius commune*, en el *moss italicus* y en los jurisperdentes hispanos del siglo de oro, debían los juristas reunir, en lo posible, saberes comunes, técnicos, científicos —en la medida de entonces— y filosóficos.

Reducida, con el positivismo dogmático, la labor de los juristas a la sistematización de las normas, independientemente de todo juicio acerca de su bondad, concretada en un saber teórico descriptivo con actitud teleológica y axiológicamente neutral, resulta fuera de su tarea tanto la labor creadora —que Santo Tomás (151) situaba en la competencia de «*paucos sapientes, qui sufficiat rectas leges ponendas*»— como las preocupaciones teológicas y axiológicas, en cuanto excedan del ámbito de las normas positivas, en la tarea de su aplicación.

Aquel cientifismo y esa neutralidad estimativa, en virtud de los cuales queda subordinada la interpretación al sistema normativo y la separa de la aplicación, ha sido expuesta con claridad por E. Zuleta Puceiro (152).

— La interpretación coresponde a los científicos del derecho, con función analítica, conceptualizadora y sistematizadora;

— y la aplicación a los técnicos.

La interpretación, en términos generales, se divide en tres fases: la *interpretación*, en sentido estricto, que determina el sentido normativo; la *construcción* de los conceptos, y la *sistemática*, que corona la tarea de construcción en una síntesis hacia la unidad superior del *sistema* del derecho positivo de cada nación. De éste no puede salirse la interpretación, que queda subordinada a los contenidos estimativos resultantes de las normas positivas y de la sistematización en que se integran.

Con ello, quedan separados «un elemento *lógico* y *racional* del derecho, objeto del quehacer propiamente científico, y un elemento

(149) FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *Tratado de Filosofía del Derecho*, lec. III, 1, cfr. vol. II, Sevilla, Universidad Hispalense, 1977, págs. 11 y ss., y *Los principios generales de derecho...*, 2, en *Estudio*, cits., de la Ac. Matr. del Not., vol. I, págs. 85 y s.

(150) ULPIANO, *Digesto*, 1, 1, 10, 2.

(151) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, I^a-II^a, q. 95, a. 1, ad. 2.

(152) ENRIQUE ZULETA PUCEIRO, *Hermenéutica jurídica e historicismo*, en "Rev. de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile-Valparaíso", núm. 14, primer trimestre, 1979, dedicado a "Savigny y la ciencia del Derecho", vol. II, págs. 701 y ss.; y *Aspectos actuales de la teoría de la interpretación*, II, Valparaíso, EDEVAL, 1980, págs. 22 y ss.

práctico y alógico e irracional, objeto de la política, de la ética o, en su caso, de las técnicas argumentales o persuasivas». Ese elemento práctico está reservado a los legisladores, quienes, asumiendo el espíritu del pueblo, imponen no sólo las normas, sino una jerarquía de fuentes, en el nivel más alto de las cuales se sitúa la voluntad soberana.

La aplicación al supuesto concreto, que hace el técnico, sólo subsume lógicamente el caso contemplado en la voluntad del legislador, científica y asépticamente interpretadas por los teóricos del derecho.

VII

COMPLEMENTARIEDAD O PLENITUD DEL DERECHO POSITIVO

14. Lo total y lo universal, universalidad y totalidad, coinciden si se lleva hasta el final lo que sus significados abarcan. Pero si, en lugar de ahondar en la realidad de sus significados, profundizamos en sus matices semánticos usuales, no tan sólo no coinciden, sino que se contraponen.

Lo universal es inabarcable, está abierto y en movimiento (pienso, como imagen, en la fuga de las galaxias); nos trasciende. Lo total abarca todo lo que, por lo menos mentalmente, nos resulta inmanente y está cerrado, aislándose de lo inabarcado y no científicamente comprobable y sistematizable. Por ello, tendemos a estructurarlo, organizarlo y dominarlo. Sólo le permitimos una apertura hacia adelante, para que vaya asimilando lo que sucesivamente conquistamos (o nos conquista) y hacemos inmanente a ese todo.

Esta distinción tiene gran importancia para el tema que panorámicamente sobrevolvamos.

El texto de Grocio antes expuesto, que sitúa la fuente del derecho natural en el *appetitum societatis* y la del derecho positivo en el *pacto*, sugiere dos sistemas jurídicos totales y cerrados, y, al final, impermeables entre sí. El derecho natural de la Ilustración, *more geometrico demonstrato*, según un significativo título de Christian Wolf, y aplicable a todos los hombres sin distinción de tiempos y lugares; y el derecho positivo emanado del *Leviathan* de Hobbes, de la *volonté générale* de Rousseau, que culmina formalizado en la estructura escalonada de la pirámide jurídica de Kelsen.

Ello ha traído que Leviatán expulsara fuera de la pirámide jurídica, al «no-ser-derecho» de lo metajurídico, al sistema del derecho natural iluminista, partiendo de que todo sistema de derecho debe ser completo; y que, por ello, no pueden coexistir como plenos dos sistemas jurídicos. Esta es, en definitiva, la conclusión de la tercera de las proposiciones de Karl Bergbohm en su célebre escrito, aparecido en 1892, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (153).

(153) Cfr. HELMUT COING, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, cap. VI, I; cfr. ed. en castellano, Barcelona, Ariel, 1961, págs. 166 y s.

Este argumento incluye tres tesis, afirmativas, de que el derecho positivo:

— carece de lagunas y es completo; cuando las leyes las tienen, los jueces las completan con ayuda del razonamiento analógico (sea la analogía *legis o iuris*; pero, siempre, dentro del sistema conceptual de intereses o axiológico);

— vale en cualquier caso, incluso cuando es malo su contenido; y

— se autojustifica: vale por ser derecho.

No vamos a discutir aquí esta proposición, ni las otras dos de Bergbohm. Lo que nos interesa es mostrar que esa tercera proposición no corresponde históricamente a la realidad en ninguna de sus tres subtesis expuestas.

Que no lo fue en derecho romano lo demuestran los textos antes citados (154). Dig. 1, 1, 6 y 9; y 1, 2, 2, 12 en los cuales: Ulpiano indica que el *ius civile o proprium* se hace cuando «*aliquid addimus vel detraemus iuri communi*»; Gayo advierte que todos los pueblos que se rigen por leyes y costumbres usan «*partim suo proprio*» y «*partim communi omnium hominum*», el que la «*naturalis ratio*» establece entre ellos; y Pomponio, al diferenciar el derecho propiamente dicho de la ciudad «*aut iure, id est a lege constituitur*», y el civil «*sine scripto*», emanado de los prudentes, precisa que éste «*in sola prudentium interpretatione consistit*», subrayemos «*in sola*» significativo de que no se trataba de la interpretación de la ley, sino en la interpretación en el sentido de discernimiento, no de *legistas* sino de *prudentes*, «*prudentium*», con su más esclarecida «*naturalis ratio*» a la que, en su texto, alude Gayo.

15. Tampoco en la concepción tomista fueron sistemas distintos, como hemos visto (155), pues al derecho natural lo completó el derecho positivo: de una parte, con las convenientes, y aun necesarias, *determinaciones* de lo que, en principio, es indiferente que se haga de uno y otro modo; y, de otra, con lo que de aquél recoge como *conclusiones*, que no toman la fuerza del positivo, sin de la naturaleza, puesto que le viene de ésta, y aquél no puede disminuirla.

La misma aplicación de la equidad, tanto en la concepción tomista, como en el derecho romano y en el común, así como en la concepción de J. B. Vicó, según antes hemos observado (156), muestra la interacción entre el derecho civil y el natural.

Esta misma complementariedad, incluso correctora, fue pauta en la integración del *ius proprium* y el *ius commune*, tanto escrito como no escrito, es decir, el natural y de gentes. Como ejemplos claros, pondremos de relieve dos referencias históricas: una al derecho de Castilla y otra al de Cataluña.

Respecto de Castilla, hemos visto el afán didáctico, para sus sucesores y para todo el pueblo, que movió al Rey Sabio a la redacción

(154) Cfr. *supra*, notas 105, 104 y 106.

(155) Cfr. *supra*, notas 115 y 118.

(156) Cfr. *supra*, notas 130 y 143.

de las Partidas, a las que ni él ni sus sucesores dieron fuerza de ley, ni se le dio expreso carácter supletorio hasta 1348, en que se lo confirió Alfonso XI en el Ordenamiento de Alcalá. En éste se mandó que los fueros municipales «sean guardados en aquellas cosas que se usaron, salvo en aquello que Nos fallaremos que se deue mejorar e emendar e en lo que son contra Dios e contra razón o contra las leyes que en este nuestro libro se contienen» ... «e los pleitos e contiendas que se non podieren librar por las leyes de este nuestro libro e por los dichos fueros, mandamos que se libren por las leyes contenidas en los libros de las Siete Partidas». Vemos, pues, en juego: Dios y la razón, correctoriamente, y, supletoriamente, los textos escritos como «enseñamiento» en las Partidas. Juan II, en 1427, da por sentada la aplicación por los jueces de opiniones autorizadas de los autores, puesto que prohíbe invocar las posteriores a Juan Andrés y Bartolo. En 1499, Juana la Loca admitió supletoriamente la aplicación de las opiniones concordantes de Bartolo y Baldo o de Juan Andrés y el Abad Panormitano, aunque lo derogara en 1505 por la ley 1 de Toro. Y, sin embargo, en Castilla, siguieron los autores razonando con la autoridad de los derechos romano y canónico, entendiéndolos conforme las razones de los autores. Tanto que el 4 de diciembre de 1713, reinando Felipe V, aun el Consejo en pleno dictaría un auto que prohibía a los Tribunales, Audiencias y Chancillerías que aplicaran las disposiciones del derecho romano «porque no son ni deben llamarse leyes en España». No obstante lo cual, todavía en el siglo pasado, las sentencias del Tribunal Supremo, que fallaron recursos en los que era de aplicación el derecho anterior al Código civil, siguieron invocando no sólo las *Partidas* sino textos del *Corpus Iuris*.

Respecto de Cataluña, la constitución que comienza con las palabras «*Per tal que las leys de la terra del Principat de Catalunya...*» de Fernando de Antequera con las Cortes de Barcelona de 1413, que señaló a los jueces el orden de aplicación que para fallar debían seguir, fue comentada por Tomás Mieres (157), que concretó qué eran «*leges terrae et alia iura patriae*» o «*alia iura Cataloniae*», de las que distinguía los «*iura communia, aequitatem et bonam rationem*» (158). Y, en todo caso: «*Rex etiam cum tota curia non potuit, neque posset facere legem iniquam contra legem Dei; quae si facta foret, non valeret; nec esset lex, quia oportet, quod lex sit iusta et rationabilis*» (159).

Como ha hecho notar García Gallo (160), la producción del derecho en Cataluña «sólo en pequeña medida —más acusada desde el siglo XIV— se encauza por las Cortes o por el Rey». «lo cual da una gran flexibilidad a la formación del derecho»; y, así «abandonada»... «a la sociedad, los juristas actúan de un modo decisivo en ella».

(157) MIERES, *Apparatus*, II, coll. IX, cap. X, 7 y 8, pág. 216.

(158) *Ibid.*, II, coll. VII, cap. I, 36, pág. 134; coll. VIII, cap. II, 16, pág. 161 y coll. X, cap. XXIV, 10, pág. 446.

(159) *Ibid.*, coll. XI, cap. III, 47, pág. 513.

(160) ALFONSO GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, § 824, cfr. 4.^a ed., Madrid, 1971, págs. 444 y ss.

VIII

EL ORDENAMIENTO JURIDICO

16. La referencia de las fuentes a su genitivo el «ordenamiento jurídico español», hace ineludible el examen de las muy variadas opiniones expuestas en torno al concepto encerrado en la expresión *ordenamiento jurídico*. Pero antes, creemos de interés un previo examen semántico de las expresiones «ordenamiento» y «ordenanza» a través del *Diccionario* de la Lengua Española y de los diccionarios jurídicos más conocidos del pasado siglo.

Ordenamiento, dice el *Diccionario* es: «Acción y efecto de ordenar»: «Ley, pragmática u ordenanza que da el superior para que se observe alguna cosa». «Breve Código de leyes promulgadas al mismo tiempo, o colección de disposiciones referentes a determinada materia».

Gonzalo de las Casas, en su *Diccionario* (161), se limita a expresar: «Ordenamiento: leg. La ley, pragmática o colección de algunas leyes, como el ordenamiento real y el de Alcalá». y Joaquín Escriche (162), en el suyo, señala tres acepciones: «Cualquier orden que da el superior de alguna cosa; la ley o pragmática, y la colección o cuerpo de algunas leyes, como el ordenamiento de Alcalá, el ordenamiento real».

La última acepción, de cada uno de los tres diccionarios consultados, nos ofrece, ciertamente, una definición que corresponde a la aplicable a los dos referidos ordenamientos castellanos. Matizan bien su carácter no completo, al decir «referente a determinada materia», el de la Lengua, y «de algunas leyes», los otros dos. Podemos añadir que otro ordenamiento más antiguo, el *Ordenamiento de las tafurerías*, no era sino la colección de ordenanzas de policía —diríamos hoy— referentes a las casas de juego.

Y la primera acepción del *Diccionario* de la Lengua —«Acción y efecto de ordenar»— corresponde al sentido en que el *Fuero Real* 6, 6, 1, y *Las Partidas* 1, 6, 1, emplean la palabra *ordenamiento* como atributo de una compilación de leyes, *ordenada*.

Hemos dicho algo acerca del concepto que de *ordenamiento jurídico* tenía Castán Tobeñas, que fue quien llevó la palabra a la Comisión de Códigos y la propuso para el encabezamiento de la primera disposición del Código civil.

No parece que quisiera hacer un todo cerrado de lo que, antes, en el uso jurídico español sólo expresaba la colección de una parte de las normas de derecho. Si bien, parece que quiso ampliar su extensión, abarcando en su totalidad el derecho aplicable, pero sin hacer de ello algo cerrado, formado por las normas positivas y los principios indu-

(161) JOSÉ GONZALO DE LAS CASAS, *Diccionario General del Notariado de España y Ultramar*, Madrid, Impr. J. Antonio García, 1959, vol. VII, pág. 351, n. 21, 625.

(162) JOAQUÍN ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, cfr. 3.^a ed., Madrid, Lib. Vda. e Hijos de Antonio Calleja, 1847, vol. II, pág. 667.

cibles de ellas, es decir, inmanentes suyos. Estos, es evidente que no lo quiso; no sólo por sus confesiones de iusnaturalismo, sino por su concepción de los *principios generales del derecho*.

En efecto, todo sistema del derecho positivo, según requería Bergbohm, debe ser *completo, total*; ha de estar *cerrado*. Los principios han de serle inmanentes, como resultado de la construcción y sistematización científica de sus conceptos, o de sus intereses jurídicamente admitidos, o bien de los valores reconocidos en el mismo.

Pero esta concepción, como vamos a ver, no ha sido la predominante entre los más prestigiosos intérpretes del Código civil. Por otra parte, si forman parte del ordenamiento general las Compilaciones de derechos civiles, forales o especiales, en algunas de éstas es manifiesta, más allá de los textos articulados, una apertura que da paso franco a la costumbre, tan restrictivamente aceptada en el Código civil, y los principios trascendentes a sus normas positivas.

— Así, la Compilación de Aragón, artículo 1, 1, integra sus normas con la costumbre (es decir, con el derecho espontáneo) y con los principios generales del derecho en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico. Es decir, principios que lo *trascienden* puesto que lo inspiran. Y en los artículos 3, 1, 4, a la aplicación de las costumbres y del principio *standum est chartae*, les pone el límite de que no sean contrarios al derecho natural.

— En la Compilación de Navarra: Conforme la ley 2, la costumbre es la primera fuente del derecho navarro, en cuanto no se oponga, según dice la ley 3: «a la moral, al orden público». Y, a tenor de la ley 4, son principios generales los de «*derecho natural o histórico que informan el total ordenamiento civil navarro y los que resultan de sus disposiciones*». Es decir, éstos, que le son inherentes, y aquéllos, que la trascienden.

— La Compilación de Cataluña, en su artículo 1, § 2.º dice: «*Para interpretar los preceptos de esta Compilación se tomará en consideración la tradición jurídica catalana, encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrina de que aquéllos se derivan*». De lo cual resulta que ésta le trasciende, aunque sólo sea para dar sentido a su interpretación. Aparte de la remisión del artículo 2 al derecho consuetudinario que el artículo 2 acepta como algo vivo fuera del texto escrito de la Compilación.

17. No ha sido, en general, la concepción cerrada e inmanente la aceptada por la doctrina, tal como lo muestra la perspectiva con que nuestros más ilustres civilistas contemplan los principios generales del derecho.

Scaevola (163) identificó los principios generales del derecho a «lo que otros llaman derecho natural, o, lo que es lo mismo, ciertas normas universales de bien obrar, moldeadas en la equidad».

(163) QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil, concordado y comentado extensamente*, vol. I, art. 6, cfr. 5.ª ed., Madrid, Impr. Ricardo F. de Rojas, 1912, pág. 212.

Sánchez Román (164) los entendió de modo más concreto, al insinuar que era todavía admisible, «en una correcta exégesis del artículo 1.967 Código civil», considerar vigente el título 34 de la 7.ª *Partida* «expresivo de los más fundamentales principios o reglas generales de derecho»; y estimó muy probable «que los escritores, el uso profesional y el criterio de los Tribunales procuren corregir la vaguedad y la sobriedad peligrosa e insuficientes del final del artículo 6.º, inspirándose en tal interpretación y tendencia doctrinal».

De Diego (165), después de referirse a las dos tendencias dominantes al respecto: la *filosófica* y la *histórica*— señalando como representante de la primera a Scaévola y de la segunda sólo a autores italianos—, entendió que el legislador español, «al invocar los principios generales del derecho, «pensó en los de derecho español, en aquéllos que ya aprovechó al formular las reglas del Código, y que no por eso quedaron agotados». En su trabajo específico sobre las fuentes del derecho, ya había dicho :«Dentro de las cuestiones de derecho el alcance de esta fuente jurídica no tiene límite alguno»; ya que, «siendo el fallo inexcusable, dentro de ellos ha de darse». Su amplitud resulta de una frase anterior: «más allá del derecho no se abre un espacio vacío, sino lleno de otros poderes espirituales»...; «sus límites son variables, y es constante el movimiento de absorción y exclusión que entre ellos tiene lugar. ¡Cuántas cosas de pura moral social englosaron el campo del derecho, y a la inversa! A medida que la vida se hace más intensa y compleja, el derecho se enriquece».

Valverde (166) adoptó una posición intermedia entre la *ius naturalista* y la *positivista*. Lo muestra al opinar que el legislador español no quiso constreñir los principios «a los que informan y sirven de fundamento a una legislación o una ley, pues esto equivale a interpretar la legislación por la legislación misma» —es decir, los hace inmanentes—, lo que no alcanzaría «más que a interpretar por analogía, siendo así que el legislador del código ha dado a esta fuente carácter independiente respecto de la ley y de la costumbre». Según su criterio el legislador se propuso dar mayor extensión y autoridad a esa expresión: «Hay principios de justicia superiores a la contingencia y variabilidad de los hechos, hay normas que sirven de fundamento al derecho positivo —sea cualquiera el desenvolvimiento y el desarrollo que éste tenga—, hay reglas aceptadas por los jurisconsultos que constituyen verdaderos axiomas para todo aquél que interviene, en más o en menos, en la vida jurídica, y que forman, sin duda, un de-

(164) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, vol. II, cap. III, 25, cfr. 2.ª ed., Madrid, Sucesores de Rivadeneira, 1911, página 105.

(165) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil Español* vol. I, Lec. 6.ª, cfr. ed. Madrid, Libr. Gral de Victoriano Suárez, 1941, pág. 100, y *Fuentes del Derecho Civil Español*, Madrid, Publicaciones de la Residencia de Estudiantes, 1922, cap. IV, págs. 195 y s.

(166) CALIXTO VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil Español*, vol. I, cap. V, § IV, cfr. 4.ª ed., Valladolid, Talleres Tip. Cuesta, 1935, págs. 203 y ss.

recho superior a lo legislado; y a esos principios, reglas y normas, son a los que se refiere nuestro legislador».

Blas Pérez y J. Alguer (167) estimaron incluidos en la expresión examinada: «principios generales situados fuera del derecho positivo», «en el sentido de la mayor amplitud posible para que no quede fuera de ella ningún caso de derecho», incluyendo «desde el principio más general imaginable, desde el principio supremo de Justicia, hasta la norma particularísima más concreta y menos comprensiva». Sólo dos límites advierten: uno, «que no estén en desacuerdo o contraste con las normas generales o particulares de la ley»; otro, que su aplicación sea «tendente a mantener y desarrollar la unidad del sistema».

Federico de Castro (168), distingue tres tipos fundamentales, que —cree— son fuente de nuestro derecho; «los de derecho natural, los tradicionales y los políticos». Criterio que recientemente ha reiterado y seguido Batlle Vázquez (169).

Según razonó Alfonso García Valdecasas (170): «Si los principios generales del derecho, para serlo, han tenido que inspirar la legislación y las costumbres jurídicas del país, habrá, en rigor, que concluir que los principios generales de derecho no son una fuente más, que viene después de las otras y que está como colocada en tercer lugar»..., «sino que están en toda fuente del derecho y, por tanto, no habrá propiamente superioridad de la ley sobre ellos, pues el sentido de la ley tiene que ser conforme a los principios generales de derecho». Y la ley es ley porque «es una lectura de lo que es derecho».

Villar Palasí (171) dice que «no son conceptos legales, radican en el derecho natural».

Elías de Tejada (172) entendió que corresponden a los del «derecho natural» y su conocimiento es «saber filosófico».

Volviendo a Castán Tobeñas (173), restringe la amplia diversidad de la posición de Castro Bravo y señala, como esencial, que los principios generales del derecho «sean concebidos y aplicados dentro del

(167) BLAS PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ ALGUER MICÓ, *Notas al Derecho civil*, Parte General de Ludwig Enneccerus y Hans Karl Nipperdey, § 53, II, cfr. 1.^a ed., 2.^o tiraje, Barcelona, Bosch, Casa Ed., 1943, págs. 222 y siguiente.

(168) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, Parte General I, Parte III, cap. IV, IV, cfr. 3.^a ed., Madrid, I.E.P., 1955, páginas 465 y ss.

(169) MANUEL BATLLE VÁZQUEZ, *Comentario al art. 1 C. c., IV, 2*, en «*Comentarios al Código civil y compilaciones forales*», dirigidos por Manuel Albaladejo, vol. I, Madrid, EDERSA, 1978, pág. 58.

(170) ALFONSO GARCÍA VALDECASAS, *El problema de las fuentes del Derecho*, Bilbao, Arte, S. A., 1955, pág. 13 en rel. págs. 19 y

(171) JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ, *La interpretación y los apotegmas logicojurídicos*, Madrid, Tecnos, 1975, pág. 138.

(172) FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *Los principios generales del...*, 2, loc. cit., págs. 86 y ss.

(173) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Madrid, Inst. Ed. Reus, 1947, págs. 338 y s.; *Derecho Civil Español, Común y Foral*, vol. I, 8.^a ed., Madrid, Inst. Ed. Reus, 1951, § VI, III, pág. 318.

ámbito de criterios *objetivos* hermanando los peculiares del derecho positivo patrio con los universales y supremos del derecho natural».

18. No es una inútil digresión intercalar aquí algunas consideraciones acerca de la distinción entre ley y ordenanza. Hace unos cinco años lo advertimos, uno y otro, al departir amigablemente mi compañero Luis Figa y un servidor. Sobre el tema escribí un artículo periodístico hace ya más de cuatro años (174) y, ahora, él acaba de dedicarle unos sabrosos párrafos en un estudio (175) al que luego deberemos volver más intensamente. El enfoque de uno y otro no es el mismo. No obstante, me hallo de acuerdo con el suyo manteniendo lo esencial del mío, que seguramente él no comparte.

Inicié mis comentarios contraponiendo los significados de una y otra palabra en el Diccionario de la Lengua Española. En el sentido que nos ocupa: *ley* se define como: «*Precepto dictado por la suprema autoridad, en que se manda o prohíbe una cosa en consonancia con la justicia y para bien de los gobernados*». Estas últimas circunstancias, «*en consonancia con la justicia*» y «*para el bien de los gobernados*», resultan *diferenciales* pues faltan en la ordenanza, ya que, según el mismo Diccionario: *Ordenanza* es: «*Mandato, disposición, arbitrio y voluntad de uno*».

Añadiré que, según el *Diccionario razonado* de Escriche (176), es ordenanza: «*Ley o estatuto que se manda observar, y especialmente se da este nombre a las que están hechas para el régimen de los militares, o para el buen gobierno de alguna ciudad, comunidad, corporación o gremios*». Y que, conforme el de Gonzalo de las Casas (177), ordenanzas son: «*La ley, reglamento o estatuto que se manda observar para el buen régimen de los cuerpos del ejército, de los municipios, de los presidios, de los montes y de otros ramos espectales*».

Ciertamente son de recordar: las Ordenanzas de Carlos III para el ejército; las Ordenanzas de Bilbao en materia mercantil, las diversas ordenanzas municipales y las de tal o cual gremio.

Ello les da un rango inferior a las leyes, que son de carácter general; un significado de *determinación* más que de *conclusión*; y, por ello, más de un mandato para imponer un orden que de hallazgo de lo naturalmente justo, inherente a las cosas. Por ello, comenté que al dar a las leyes un significado voluntarista se las reducía a ordenanzas.

Luis Figa ha advertido que «no hace mucho tiempo la diferencia existente entre una ley y una ordenanza era percibida con claridad: la ley era algo totalmente excepcional» ... «sólo admitido en el caso de acuerdo entre el Soberano y todas las fuerzas sociales» (así lo era sin duda en las Coronas de Navarra, Aragón y Valencia y en el Principado de Cataluña), mientras la ordenanza «fue siempre el instrumento corriente de lo que podríamos llamar acción administrativa más o menos

(174) *Ley y ordenanza*, recogido en *Más sobre temas de hoy*, Madrid, Speiro, 1979, págs. 166 y ss.

(175) LUIS FIGA FAURA, *El ordenamiento jurídico mercantil*, I, C, a, 3.

(176) ESCRICHE, op., vol. y pág. cits.

(177) GONZALO DE LAS CASAS, op. y vol. cits., pág. 352, n. 21626.

coyuntural». Se ha atribuido la actual confusión de ambos conceptos al empeño del poder político «en dar a su normativa el mismo carácter sagrado, el mismo empeño e importancia que a la normativa manejada por los iusprivatistas —con el resultado, totalmente opuesto, de rebajar la ley tradicional a la categoría de norma arbitraria, oportunista, coyuntural y esencialmente modificable».

El mismo Figa subraya la trascendencia de la distinción, e indica que se comprueba sin más que observar lo que ocurre en los países que conservan la separación de *law* y *statute*. No teme afirmar que «la restauración de la exactitud terminológica sería altamente beneficiosa, dado que con la denominación de "ordenanza" se pone de relieve el carácter voluntarista, constructor de la norma propia del ordenamiento gubernativo, mientras que la palabra "ley" conserva la ineludible ambigüedad o doble significado de "regularidad constatada", o ley física, y de "proposición prescriptiva", o ley jurídica propia de los ordenamientos jurídicos espontáneos o sustantivos».

IX

CONSTRUCCIONES POSITIVISTAS DEL ORDENAMIENTO JURIDICO

19. Tal como más arriba comprobamos, si bien los conceptos de fuentes del derecho y de ordenamiento jurídico han sido impulsados por el positivismo jurídico, éste no los ha monopolizado y su uso, en el significado propugnado por dicha dirección, ni siquiera ha sido mayoritario, por lo menos en España. Ahora nos corresponde examinar de qué manera los positivistas, con diversas versiones —que entre ellos debaten— han construido el concepto de ordenamiento jurídico.

Está todavía fresco el discurso de apertura del Curso académico de la Real de Jurisprudencia 1980-1981, que nuestro presidente (178) dedicó a *El ordenamiento jurídico y la idea de justicia*, y se halla aún sin publicar el de Luis Figa, *El ordenamiento jurídico mercantil*, al que acabamos de referirnos —estudio que, por su contenido— sobrepasa mucho el expresado en su título. Ambos trabajos representan dos intentos de apertura del concepto. El primero para iluminarlo con la idea o el valor de la justicia, y el segundo con la finalidad de abrirlo al orden espontáneo del derecho, socialmente vivido como tal. Pero, para mensurar su esfuerzo, debemos ocuparnos primero de examinar las concepciones a las cuales ellos han tenido que referirse.

Antes, hemos visto cuál era la construcción de la pirámide formada por el orden jurídico escalonado de Kelsen (179), normativismo puro en que la norma jurídica se caracteriza por su contenido coactivo y no por el sustantivo subyacente, estimado metajurídico, y su legiti-

(178) ANTONIO HERRNÁNDEZ GIL, discurso cit., *supra*, nota 1.

(179) Cfr. *supra*, texto correspondiente a las notas 13 a 17 y 21 a 25.

midad sólo depende de su regularidad formal en el sentido de dimanante del órgano o autoridad competente, partiendo de la norma suprema o la constitución política.

André-Vincent (180) lo ha mostrado lúcidamente en este breve párrafo:

«En el punto de partida de Kelsen está Kant. La operación de la inteligencia reduce lo real a la idea. El pensamiento jurídico se convierte en una construcción que recibe toda su coherencia interna de la jerarquización de las normas que la constituyen. La jerarquía de las normas es una pirámide sin fisura. Desde la norma fundamental de la constitución hasta el atestado de la policía o a la sentencia del juez se pasa de lo abstracto a lo concreto por rigurosa deducción, sin retorno a la realidad: no existe el menor intersticio en la pirámide de las normas».

Pero, prosigue, esta pirámide de Kelsen «que fue el orgullo del positivismo jurídico», no es hoy sino una tumba, la tumba de una ciencia del derecho que pretendía tener un rigor matemático. Nadie cree ya en este *normativismo rígido*.

Por eso, el positivismo jurídico, que había logrado la mayor sencillez de líneas y una claridad cartesiana, ha recurrido a construcciones más complejas y de elaboración no sólo formal. En tanto que el idealismo y el materialismo político tomaban de consuno, tanto el uno como el otro posiciones dispares.

Dentro de ella están los que, autodenominándose demócratas, no toman la democracia como fin, en el que no creen, sino como un medio que les permita adueñarse del «aparato» de poder, constitucionalmente construido, para trasvasar el contenido desde el Estado de derecho liberal» y el «Estado de derecho social» hacia el «Estado de derecho socialista», lo más avanzado posible (181). En tanto otros la corroen con las diversas hipótesis del «no-derecho» (182). O la abren ventanas, e incluso tratan de quitarle la cúpula, para «*sobrepasar lo dado*» y abrirse a «*una utopía del derecho*» (183), confundiendo la construcción de un futuro mejor con una carrera hacia un espejismo o con la navegación tras de la Isla de San Borondón. O bien, tratan de hacerla estallar con el denominado uso alternativo del derecho (184).

No es aquí el lugar de ocuparnos de esos intentos, casi todos más políticos, sociológicos o pseudofilosóficos que jurídicos, sino sólo de los que se han llevado a cabo por el positivismo jurídico sin perder la *idea constructiva*, característica del cientismo operativo moderno, apli-

(180) ANDRÉ VINCENT, *loc. cit.*, págs. 80 y s.

(181) Cfr. LUCAS VERDÚ, *loc. cit.*, *supra*, nota 31.

(182) Cfr. JEAN CARBONNIER, *L'hypothese du non droit*, en *Arch. Ph. du Droit*, 8, 1963, págs. 55 y ss.

(183) Tal es la propuesta de un *derecho natural de contenido utópico* inspirada por ERNST BLOCH, *Droit naturel, et dignité humaine*, cap. 20; París, Payot, 1976, págs. 210 y ss.

(184) Cfr. ENRIQUE ZULETA PUCEIRO, *Marxismo y neopoliticismo jurídico*, II y III, en *VERBO*, 183-184, marzo-abril 1980, págs. 323 y ss.

cado también al derecho, como a las demás denominadas ciencias sociales.

20. Hemos hablado de *cientifismo operativo* (185) que tiene su eje en *el giro copernicano* de Kant, que mejor deberíamos denominar ptolomáico o protagórico (186) —puesto que lo centra todo en esta tierra, como el sistema astronómico de Ptolomeo, y hace del hombre la medida de todas las cosas, conforme Protágoras. Pero sus raíces son más lejanas: *teológicas* en el nominalismo de Ockam (187) y en pesimismo de Lutero, respecto de la razón humana (188) en cuanto excediera de los saberes prácticos; *políticas* en Maquiavelo, al poner el derecho al servicio de los objetivos del poder (189); *filosóficas* en el «fulgor de la idea» y, sobre todo, en la escisión de la *res cogitans* y la *res extensa* de Descartes (190); *científico operativas* en Francis Bacon y Galileo (191). Después ha sido desarrollado por la Una-Eterna-Voluntad-Infinita de Fichte, asumida por el Estado, «creadora del mundo en nuestras mentes y por nuestras mentes» (192); por el proceso de la dialéctica de Hegel que, identificando lo racional v lo real y encarnando la razón en el Estado, lleva al «triumfo de la Idea en la Historia universal» (193); y en la afirmación de Karl Marx según la cual «los filósofos no han hecho más que *interpretar* el mundo de diversos modos; pero de lo que se trata es de *cambarlo*» (194). Cambio estimulado por el mito (195) del paraíso de la *sociedad homogénea* sin Estado ni derecho (196), que es presentado como un ineluctable

(185) Cfr. nuestros estudios citados, *supra*, nota 18.

(186) Cfr. SERGIO COTTA, *El hombre tolemaico*, 7, cfr. ed. en castellano, Madrid, Rialp, 1977, págs. 157 y ss.

(187) Cfr. ETIENNE GILSON, *La unidad de la experiencia filosófica*, cap. III, cfr. ed. Madrid, Rialp, 1960, págs. 90 y ss. y 109 y ss.

(188) Cfr. JACQUES MARITAIN, *Tres reformadores*, I, Lutero, IV, cfr. ed. traducida al italiano por G. Battista Montini, Brescia, 1928, páginas 45 y ss.

(189) Cfr. MANUEL FERNÁNDEZ ESCALANTE, *El derecho natural entre la "exigencia" ética y el "razonamiento" político*, en "El Derecho Natural Hispánico", Madrid, Escelicer, 1973, págs. 73 y ss.

(190) Cfr. MICHEL VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, parte V, *Introducción, Descartes*, II, págs. 570 y ss.

(191) *Ibid.*, *Juicio de conjunto*, pág. 579.

(192) Cfr. MICHELE FEDERICO SCIACCA, *Estudios sobre filosofía moderna*, IV parte, cap. III, cfr. ed. en castellano, Barcelona, Ed. L. Mircle, 1966, págs. 350 y ss.

(193) Cfr. nuestro estudio *Del legislar como "legere" al legislar como "facere"*, III, 12 y 13, en VERBO, 115-116, mayo-junio 1976, páginas 535 y ss., o en *Contemplación o acción*, Madrid, Speiro, 1977, páginas 109 y ss.

(194) KARL MARX, *XIV tesis sobre Fuerbach*; cfr. en castellano, en *Tesis sobre Fuerbach y otros escritos filosóficos*, Méjico, Glijalbo, 1970, pág. 11.

(195) Cfr. FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *El mito del marxismo*, en VERBO, 75-76, págs. 403 y ss., o en *Los mitos actuales*, Madrid, Speiro, 1969, págs. 175 y ss.

(196) Cfr. nuestros estudios *El mito de la desaparición del derecho*, en VERBO, 77, págs. 579 y ss., o en *Los mitos actuales*, págs. 195 y ss., o en *Sociedad de Masas y Derecho*, Madrid, Taurus, 1968, II Parte, ca-

proceso evolutivo, científicamente demostrado por el materialismo-histórico (197).

Ello provocó un cambio de actitud en el hombre, tal vez influido por la denominada *galaxia Gutenberg*. Situó su pensamiento fuera de las cosas, contempla el mundo en imagen, como el plano de un proyecto (198) que puede configurar de acuerdo con sus ideas abstractas y con su voluntad de poder (199).

El fenómeno que se produce, y que con Hobbes alcanza al mundo jurídico, verdaderamente es singular. Leo Straus (200) lo ha explicado y ha mostrado sus contradicciones; las paradojas que implica ese nominalismo combinado con el cientifismo operativo, aplicado a la sociedad humana, que puede emplearse al dictado de la ideología o el mito de turno. Hobbes enseñó —dice L. Straus— «que la razón es impotente y omnipotente, es decir, que la razón es omnipotente porque es impotente. La razón es impotente porque ni ella ni la humanidad tienen apoyo en el universo para comprenderlo: el universo es ininteligible y la *naturaleza* está disociada del hombre. Pero ese mismo hecho de que el universo sea ininteligible, permite a la razón satisfacerse efectuando libremente sus construcciones y establecer, como Arquímedes, un punto de apoyo desde el cual preparar esos caminos del progreso ilimitado en la conquista de la naturaleza».

Notemos que, en su intención, la construcción de Hobbes, como la de Locke, sólo se refería a la sociedad política, protectora de un liberalismo económico. Pero hoy, como explica Zuleta Puceiro (201), estos términos originarios son alterados desde su base: «La sustitución del Estado-garantista por el Estado-promotor se explica en el fondo por el desplazamiento de la imagen sociedad-mercado hacia la imagen de la sociedad como materia prima a moldear de acuerdo con los dictados de la ciencia y la tecnología social». Contra el Leviatán «garantista» se alzó el sueño anarquista y marxista de la sociedad sin Estado; pero, a favor del Leviatán «promotor» se alza —advierde el mismo Zuleta— «la utopía de un Estado sin sociedad, futurible sólo imaginable desde una reducción de la razón a los límites estrechos postulados por el cientifismo».

La perspectiva clásica expuesta en la síntesis tomista es completa-

pítulo II, n. 67, págs. 273 y ss., y *Datos y notas sobre el cambio de estructuras*, Madrid, Speiro, 1972, 2, VI, B, págs. 200 y ss.

(197) Cfr. VLADIMIRO LASMDORFF GALAGANE, *El concepto de justicia en el marxismo soviético actual*, Santiago de Compostela, Porto y Cia., 1969, págs. 56 y ss.

(198) Cfr. MARSHALL MCLUHAN, *La galaxia Gutenberg*; cfr. ed. en francés, Montreal, Mame, 1967, págs. 130 y ss., 191, 293 y ss, 300 y 306 y s.

(199) Cfr. MARCEL DE CORTE, *L'intelligence en peril de mort*, París, Club de Culture Française, 1969, cap. I, págs. 74 y ss.

(200) LEO STRAUS, *Droit Naturel et Histoire*, cap. V, a; cfr. vers. en francés, París, Plon, págs. 214 y s.

(201) ENRIQUE ZULETA PUCEIRO, *Razón y Totalidad. Notas sobre la noción moderna de consenso social*, I, en VERBO, 197-198, julio-octubre, 1980, págs.

mente diferente. Parte de la existencia del orden natural, dinámico y en el que la libertad del hombre incide como una causa segunda, ejecutora «dentro del orden de la causa primera universal»; de modo que el desorden de una causa particular provoca la reacción del castigo dentro de la causa universal (202). Su conocimiento sólo puede ser fragmentario: mediante la observación por separado de una serie de esferas (físico-biológica, moral, jurídica propiamente dicha); sucesivamente adquirible, «una parte después de la otra»; y aunque el ser y la verdad no los podamos conocer «inmediatamente» y «a veces llegamos por los efectos sensibles al conocimiento de los principios y causas inteligibles» (203).

En esa misma línea, con mayor perspectiva dinámica a través de las enseñanzas de la historia, Giambattista Vico (204), en el tránsito de los siglos XVII y XVIII, observaría la que denominó *historia ideal eterna*, trazada por la Providencia con sus *corsi* y *ricorsi*, según cuál sea la conducta de los hombres (205). Orden de cuyo conocimiento el hombre, de lo que Dios conoce en relieve, sólo puede alcanzar una imagen plana a través de la historia que le permite aproximarse al conocimiento del mundo civil o de las naciones (206).

El positivismo ha renunciado a este intento de conocer el orden del universo que se auxilia de todo lo que Vico (207) denominó *verosimilitud*, apoyado en el sentido común, para la búsqueda de las causas finales y de las formales de los conjuntos humanos (208). Ha optado, en cambio, por el conocimiento científico de las causas eficientes, que utiliza la voluntad operativa, asumida por el Estado, para construir el mundo. Ha perdido la noción de los límites humanos y, con ello, ha caído en lo que Sciacca (209) califica de *stupidità*; y ha olvidado algo, que también Vico (210) advirtió: la diferencia que media entre la posición de los científicos y la de los jurisperitos. «La ciencia trata de hallar una sola causa productora, en diversas cosas, de muchos efectos; mientras la prudencia atiende a las múltiples causas que pueden concurrir en la producción de un solo efecto».

A partir tan sólo de los datos positivos, algunas mentes, más o menos lúcidas, fabrican conceptos, sistemas, el orden escalonado del derecho, todo tipo de ordenamientos jurídicos y hasta, incluso, la

(202) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, q. 103 y I^a-II^a, q. 91.

(203) *Ibid.*, I, q. 76, aa. 1 y 2; qq. 85, 86 y 87 y I^a-II^a, q. 91, a. 3, q. 94, a. 4 y 5, q. 95, a. 4, q. 100, a. 1.

(204) GIAMBATTISTA VICO, *Scienza Nuova*, Lib. I, sec. III-331, en *Oppere*, págs. 479 y ss.

(205) *Ibid.*, *Conchiusione dell'Oppera*, 1102 a 1106, págs. 865 y ss.

(206) *Ibid.*, *Risposta I*, al rescensor del *Giornali de tetterati et Italia*, año 1711, I, cfr. en *Oppere*, págs. 310 y ss.; y *Scienza Nuova*, Lib. I, sec. III, nn. 331, 332, *Oppere*, págs. 479 y ss.

(207) *Ibid.*, *Il método degli studi del tempo nostro*, III, en *Oppere*, págs. 176 y ss.

(208) Cfr. M. VILLEY, *La formation de la...*, parte V, Juicio de conjunto, págs. 579 y s.

(209) MICHELE FEDERICO SCIACCA, *El oscurecimiento de la inteligencia*, cap. I, cfr. ed. Madrid, Gredos, 1973, págs. 15 y ss.

(210) VICO, *Oratio de nostri temporis studiorum ratione*.

más esclarecida de todas ellas, el «proceso de la razón en la historia universal» con «el triunfo final» ineluctable «de la idea». Absolutivizan, así, la construcción de sistemas u ordenamientos, como si fuesen unos «*todos*» completos, cerrados e impermeables (211).

Así, los juristas acaban encerrados en un *sistema* positivista o en la *pirámide* kelseniana, como los gusanos de seda en el capullo que tejen. Con la diferencia de que, mientras los gusanos segregan su seda, los positivistas tejen con el material que les es impuesto por el legislador (212).

El rigor, la exactitud del sistema, la perfección lógica del ordenamiento, ¡pueden no tener nada que ver con la realidad ni con la justicia!

21. Santi Romano explica su concepción del ordenamiento, que es en cierto modo contrapuesta a la pirámide de Kelsen. Si ésta es de estructura normativa, de normas coactivas —ya que la coactividad y no su contenido la dota de carácter jurídico— aquél es mucho más. Es estimado (213) en su conjunto como «una entidad que se mueve en parte según normas, pero que sobre todo dirige a las propias normas, como si fuesen piezas de un tablero de ajedrez», «dinámico y vital», constituido por una «compleja organización», con «numerosos mecanismos y engranajes», que se «refiere y se refleja» sobre las normas, «pero arranca siempre de un momento lógica y materialmente anterior a las mismas», sin «identificarse ni confundirse» en sus valoraciones con las de las «propias normas», que son o pueden ser «una parte del ordenamiento jurídico, pero que sin embargo están muy lejos de agotar en su totalidad la integridad del mismo».

En su terminología, «el concepto de derecho como ordenamiento jurídico, considerado global y unitariamente, es el concepto de institución. Cada ordenamiento jurídico es una institución e, inversamente, toda institución es un ordenamiento jurídico» (214).

Ello da lugar a la pluralidad de ordenamientos, más allá del Estado y por debajo suyo, aunque no todas procedan de él —no proceden la Iglesia y, en general, los entes dotados de naturaleza institucional no dimanantes de él, aunque el Estado constituya la institución más caracterizada (215).

(211) Cfr. nuestro estudio, *Perspectivas parciales y acción uniforme total*, en VERBO, 143-144, marzo-abril 1976, págs. 415 y ss., o en *La sociedad a la deriva*, Madrid, Speiro, 1977, pgs. 5 y ss.

(212) Así lo hemos visto al observar el sistema de Savigny y la pirámide de Kelsen (cfr. *supra*, texto correspondiente a las notas 6 a 12, 13 a 17 y 21 a 25). Con la diferencia de que mientras Savigny recoge en su Sistema, la obra jurídica paciente y secular, con su contenido, al que el *espíritu del pueblo* incorpora el sentido de justicia, en cambio Kelsen forma su pirámide con la estructura formal de normas coactivas con abstracción de cuál sea su contenido.

(213) SANTI ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, cfr. ed. en castellano precedida de un estudio preliminar de S. Martín Retortillo, Madrid, I.E.P., 1963, §§ 4 y ss., págs. 96 y ss.; en especial § 5, pág. 99, y § 7, págs. 106 y siguiente.

(214) *Ibid.*, § 10, pág. 13.

(215) *Ibid.*, §§ 25 y ss., pág. 205.

Sin embargo, el concepto institucional del ordenamiento jurídico, entramado por Santi Romano, se atiene —como ha resumido Hernández Gil (216)— «a lo jurídicamente organizado como tal, sin preocupaciones de otro alcance»: le «falta la mirada hacia arriba», pues «no desemboca el trascendentalismo de la justicia»; y le «falta la mirada hacia abajo», ya que «no desciende a tomar en consideración la sociedad subyacente».

En el primer aspecto, ha criticado Bobbio (217) que esta construcción «no tiene nada que ver con la doctrina realista, ni con la sociología jurídica», sino que es «formalista»; pues, «considera el derecho como forma de las relaciones sociales que, en cuanto tal, puede y debe ser estudiado independientemente de sus relaciones con la realidad subyacente».

Hernández Gil —después de transcribir completo el párrafo de Bobbio, del que aquí hemos seleccionado los incisos más expresivos— juzga que «no le falta, en parte, razón. Mas no la tiene del todo».

Para aclarar en lo que no la tiene del todo vamos a traer a colación las observaciones que, en un primoroso trabajo, ha hecho Justo López (218). Ciertamente, con la concepción de Santi Romano no «se reduce» lo jurídico a lo sociológico; en su ordenamiento «la verdad es exactamente la contraria: significa *hacer de lo social una realidad jurídica*, siempre que por "lo social" se entienda lo que Sorokin llama "un sistema organizado de interacción" o "grupo" o grupo organizado (institución, sistema social)». Para determinarlo, atiende a lo que Sorokin (219) denomina «procesos de interacción» social y en su distinción en *inorganizados, organizados y desorganizados*, que muestran la profunda diferencia entre «interacción» y «organización». Justo López entiende que Santi Romano, en su concepción del ordenamiento jurídico, subsume en lo jurídico todo grupo de *interacción organizada*.

Sin embargo, como nota Hernández Gil (220), a Santi Romano «no le preocupa el modo de incidir la realidad social en el derecho. El tema de la conexión entre estructura socioeconómica y la estructura jurídica está ausente de sus investigaciones. No penetra profundamente en la totalidad social para ver cuáles son las correspondientes versiones jurídicas y cómo aparecen condicionadas». No se plantea «los problemas de la génesis» del derecho. En ordenamiento de Santi Romano «no hay una proyección de la sociedad, sino una organización de la sociedad».

Por otra parte, en Santi Romano (221), el concepto de ordenamiento sólo depende de su vigencia no legal sino efectiva; pues, a su juicio, «toda fuerza que efectivamente sea social y esté por tanto or-

(216) HERNÁNDEZ GIL, *El ordenamiento jurídico y...*, 4, págs. 24 y s.

(217) NORBERTO BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Milán, Ed. di Comunita, 1977, pág. 173, nota 23.

(218) JUSTO LÓPEZ, *La pluralidad de ordenamientos jurídicos*, III, en "Jurisprudencia Argentina", año 1972, sec. *Doctrina*, págs. 185 y ss.

(219) PITIRIN SOROKIN, *Sociedad, cultura, personalidad*, ed. trad. al castellano, Madrid, Aguilar, 1962, págs. 106 y ss.

(220) HERNÁNDEZ GIL, págs. últ. cits.

(221) SANTI ROMANO, *op. cit.*, § 14, pág. 132.

ganizada se transforma por ello mismo en derecho», más exactamente en ordenamiento jurídico, e, inversamente, no lo es «aquéllo que carece de organización social».

La falta de «mirada hacia arriba», observada por Hernández Gil (222), se advierte al no plantearse Santi Romano «la total teleología del derecho». Es un *positivismo jurídico* que no se plantea, más allá de sí mismo, la cuestión de la *validex jurídica*.

Estamos en el punto que no sólo muestra la miopía que priva del sentimiento del límite, al no ver más allá de la propia concepción, sino que hace a ésta racionalmente frágil. Precisamente, al final de la segunda guerra mundial, fue cuando la comprobación de los horrores nazis (223), y «el trastorno y la destrucción sufridos en guerras y revoluciones» (224), trajo una reacción contra el positivismo. Comprobable no sólo en la floración de la *Wertungsjurisprudenz* (225) e incluso en el renacimiento del derecho natural, sino en la evolución de alguno de los más ilustres positivistas, como Gustav Radbruch (226), que reconoció la existencia, antes por él desdeñada en el campo jurídico, de «un más alto y supremo deber», «un valor extrapositivo».

Como prosigue Justo López (227), en su comentario al *Ordinamento* de Santi Romano: «La "juridicidad" del "sindicato del crimen", como la de cualquier norma, incluso si de contenido aberrante, del ordenamiento normativo efectivamente vigente, son el reflejo de la noción positivista de la validez jurídica en las dos concepciones del ordenamiento jurídico —como sistema de normas y como sistema social, respectivamente».

22. Hart y Bobbio vuelven a centrar en las normas su concepción del ordenamiento jurídico, pero dejando atrás el formalismo de Kelsen.

Hart, después de haber demostrado sus presupuestos (228), toma como punto de partida su afirmación de que (229) «el modelo simple del derecho como órdenes coactivas del soberano no reproduce algunas de las características salientes de un sistema jurídico»: pues, además de las normas que prohíben o imponen ciertas acciones bajo sanción, «hay otras variedades de normas, principalmente aquéllas que confieren potestades jurídicas para decidir litigios y legislar (potestades públicas) o crear o modificar relaciones jurídicas (potestades priva-

(222) HERNÁNDEZ GIL, *loc. cit.*, pág. 25.

(223) Cfr. KARL LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*; cfr. vers. española, Barcelona, Ariel, 1966, pág. 136.

(224) M. HESSEL YNTEMA, *La ciencia jurídica y el derecho natural*, en "Rev. Jur. Interamericana", II, Tulane, 1960, pág. 219.

(225) Cfr. KARL LARENZ, *Tendencias metodológicas en la ciencia jurisprudencial alemana actual*, en R.D.P., XLIII, mayo 1959, págs. 375 y ss.

(226) GUSTAV RADBRUCH, *Introduzione alla Scienza del Diritto*, versión italiana cuidada por Dino Pasini, Turín, Giapichelli, Ed. 1958, páginas 77 y ss.

(227) JUSTO LÓPEZ, *loc. cit.*, VII, pág. 195.

(228) H.L.H. HART, *El concepto de Derecho*, cfr. ed. en castellano, Buenos Aires, Robledo-Perrot, 1963, caps. III y IV, págs. 33 y ss. y 63 y ss.

(229) HART, cap. V, pág. 99.

das), que no pueden, sin caer en el absurdo, ser interpretadas como órdenes respaldadas por amenaza». Además de que «hay reglas jurídicas que difieren de las órdenes en su modo de origen», pues «no son creadas por nada análogo a una prescripción explícita». Y que la idea del soberano «habitualmente obedecido y necesariamente libre de toda limitación jurídica no da razón de la continuidad de la autoridad legislativa» (después de cesada la que dictó las normas), ni «la persona o personas soberanas no pueden ser identificadas con el electorado o con la legislatura de un Estado moderno» (230).

Por eso, parte de la distinción entre (231):

— Normas de tipo básico o primario, prescriptivas de «que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones lo quieran o no». Es decir, «imponen deberes» y «se refieren a acciones que implican movimiento cambios físicos».

— Reglas secundarias de las del primer tipo, que «establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas de tipo primario, extinguir o determinar reglas anteriores o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación». O sea, «confieren potestades públicas o privadas»; de modo que prevén actos que conducen «a la creación o modificación de deberes u obligaciones».

Consecuente con sus críticas al denominado realismo jurídico angloamericano (232), rechaza la fundamentación que éste reconoce al sistema jurídico, como basado «en la situación que se da cuando la mayoría de un grupo social obedece habitualmente las órdenes, respaldadas por amenazas de las personas soberanas, quienes a su vez no obedecen habitualmente a nadie». Y señala (233) que se precisan «dos condiciones necesarias y suficientes mínimas para la existencia de un sistema jurídico. Por un lado: las *reglas de conducta*, válidas según el criterio de validez último del sistema, tienen que ser generalmente obedecida; y, por otra parte, sus *reglas de reconocimiento* que especifican los criterios de validez jurídica, y sus *reglas de cambio y adjudicación*: tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial» (234).

(230) En el capítulo anterior Hart demuestra cumplidamente este aserto (págs. 95 y ss.). Refiriéndose a las limitaciones legislativas impuestas a la legislatura ordinaria, pregunta si han de entenderse "como deberes que el electorado ha ordenado incluso tácitamente que los elegidos cumplan", apoyándolo en la posibilidad de ejercicio de un poder de enmienda. Pero, replica que el no ejercicio de este poder "puede ser un índice muy pobre de los deseos del electorado, aunque a menudo un índice atendible de su ignorancia o indiferencia". Y remacha: "¿Hemos de decir que la sociedad como un todo es soberana y que las limitaciones jurídicas han sido tácitamente ordenadas por ella, porque no se ha revelado contra las mismas? Esto haría insostenible la distinción entre legislación y revolución, ello basta, quizá, para rechazar tal idea".

(231) HART, cap. V, pág. 191.

(232) *Ibid.*, cap. VI, pág. 125.

(233) *Ibid.*, pág. 145.

(234) Los subrayados son nuestros. Hemos visto el concepto de las

La concepción de Hart, es —pues— unitaria —uniformista—, abstracta —generalizadora— y es positivista.

De las dos primeras características nos ocuparemos en los apartados siguientes. La tercera la fundamenta Hart (235) en la distinción de dos conceptos antagónicos de derecho: el más amplio que no excluye ni diferencia las reglas inicuas y el restrictivo que les niega validez jurídica. Hart optó por aquél. De su crítica nos ocupamos hace años (236). Mostramos que su planteamiento parte del presupuesto —negado, como hemos visto antes (237), por el origen semántico y la propia historia del derecho en casi todo su decurso— de que el objeto central de los estudios jurídicos lo constituyen las normas y, además, haciendo abstracción de su justicia. Como expuso Legaz Lacambra (238): «resulta discutible, cuando menos, que pueda legitimarse una evaluación por la que se ha convenido en aplicar la palabra en un sentido que precisamente elimina aquel otro sentido primigenio y más radical de las mismas y, en cambio, hubiera sido posible convenir en haberlo seguido siempre usando en sentido primigenio y haber buscado una voz nueva para el orden de cosas que se patentiza en la *positividad jurídica* tal como la ven los juristas (positivistas)».

23. Norberto Bobbio no se aparta del positivismo y del normativismo, y mantiene el concepto de ordenamiento jurídico «como entidad unitaria constituida por el complejo sistemático de todas las normas» —considerándola una conquista moderna—, como lo prueba la falta en latín de un término expresivo de ese concepto (239). Pero introduce notables matizaciones.

Entiende que el ordenamiento puede ser: simple, con una sola fuente del derecho; o complejo, con varias, pero jerárquicamente estructuradas (240). Esto implica la existencia de una fuente prevalente que jerarquice las otras, que hoy es la ley, «directa manifestación del poder del Estado», mientras las demás no son sino fuentes subordinadas, válidas jurídicamente en virtud de un proceso de *reconocimiento* (o

reglas de conducta o normas primarias y también el genérico de las secundarias. De sus tres subespecies se ocupa HART en el cap. V, páginas 117 y ss.: las de *reconocimiento* son las que indican las que forman parte del ordenamiento, incluyendo las de conflicto interespecial o intertemporal; las de *cambio*, aquéllas que determinan quiénes y cómo pueden variar o derogar y establecer nuevas normas primarias, y las de *adjudicación* las que atribuyen a determinados organismos o personas —especialmente a jueces y tribunales— la potestad de determinar si se ha producido la transgresión de una norma primaria e imponer la sanción.

(235) HART, cap. IX, págs. 256 y ss.

(236) *De la virtud de la justicia a lo justo jurídico*, I, 1, nota 11, en «Rev. de Dr. Esp. y Amer.», II época, n. 10, octubre-diciembre 1965, páginas 31 y s., o en *En torno al Derecho natural*, Madrid, Org. Sala Ed., 1973, págs. 71 y ss.

(237) Cfr. *supra*, nn. 8 a 15.

(238) LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, II parte, cap. I, n. 2-II, cfr. 2.^a ed., Barcelona, Ed. Bosch, 1961, pág. 295.

(239) NORBERTO BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, cap. V, 50, Turín, Cooperativa Libr. Universitaria, s. f., págs. 253 y s.

(240) *Ibid.*, cap. III, 41, págs. 205 y ss.

recepción) o de delegación. De ahí, las fuentes reconocidas o recibidas, acogidas en bloque a *posteriori*, como formando parte del ordenamiento; y las fuentes delegadas, en virtud de la atribución hecha por el Estado a un órgano, diverso del investido de la soberanía o a una institución diversa de la organización estatal, del poder de establecer normas jurídicas en ciertas materias y dentro de los límites por él fijados (241).

En ese grupo de las fuentes subordinadas, sitúa a la costumbre como fuente reconocida; y vacila entre dar a las formuladas por los particulares dentro del ámbito de la autonomía privada, ya sea el carácter de fuente delegada o bien el de objeto de simple convalidación en un segundo momento.

Distingue Bobbio (242) reglas de conducta y reglas de estructura o de organización. Estas sólo emanan de la fuente principal.

Así, la ley es la única fuente de calificación jurídica, mientras las otras, como subordinadas, no son sino normas de cognición jurídica. En el sentido de que en tanto la ley, como fuente principal, produce reglas que son de por sí jurídicas, las emanadas de las fuentes subordinadas reciben la calificación de normas jurídicas por delegación o reconocimiento de la fuente superior (243).

Al parecer, Bobbio viene a dar la razón a aquel ingeniero que propuso insertar en el Código de la Circulación una norma que permitiera aparcar allí donde no hubiese señal prohibitiva!

El propio Bobbio (244) señala la más coherente expresión de la teoría del ordenamiento jurídico en Kelsen, al que considera como «la culminación del positivismo, que después de él —dice— comienza su descenso, es decir (sin metáfora) su crisis». Por ello, el profesor torinense repliega posiciones, como se advierte en su juicio de los —hasta ahora— considerados por el positivismo como caracteres fundamentales del ordenamiento jurídico: la *unidad*, la *coherencia* y la *plenitud*.

En cuanto a la *unidad* del ordenamiento jurídico, sólo *formal* para el positivismo —es decir, referida al *modo* como son puestas las normas—, renuncia a su perfección, garantizada por la denominada norma fundamental, perplejo ante la pregunta de cuál es su fundamento: «o respondemos, reenviando a otra norma, y entonces recurrimos a un *recursus ad infinitum*; o respondemos que tal norma existe jurídicamente en cuanto de hecho es observada, y en ese caso volvemos a caer en la solución que se quería evitar con la teoría de la norma fundamental, es decir, hacemos depender el derecho de un hecho» (245).

El requisito de la *coherencia*, que estudia cuidadosamente (246), concluye que no lo es necesariamente; pues, «la compatibilidad no es un criterio de validez», ya que admite que «puedan coexistir en el

(241) *Ibid.*, 42, págs. 207 y ss.

(242) *Ibid.*, 40, pág. 205.

(243) *Ibid.*, págs. 210 y s.

(244) *Ibid.*, cap. V, 50, pág. 255.

(245) *Ibid.*, 51, pgs. 256 a 260.

(246) *Ibid.*, 52, 53, págs. 260 y ss.

ámbito de un mismo ordenamiento dos normas incompatibles y ser ambas válidas» (247).

Y la *plenitud* del ordenamiento jurídico, que se ha considerado conexo con el de su *certeza*, lo considera estrechamente relacionado con el de su *complementación* a través de la interpretación (248). Así, concluye que «un ordenamiento jurídico no es necesariamente completo, porque su plenitud deriva de la norma general excluyente, o norma de clausura que en la mayor parte de los casos —a excepción del derecho penal— no la hay» (249).

Lo reconfirma su concepto de la interpretación del derecho que, a su juicio, «hecha por el juez no consiste nunca en la simple aplicación de la ley por un procedimiento puramente lógico; aunque no se dé cuenta, para llegar a una decisión ha de introducir valoraciones personales, elecciones, que no están vinculadas en el esquema legislativo que debe aplicar (250)».

Este mismo criterio lo aplica al que califica de juicio de equidad (251), estimándolo «un juicio emitido sin reglas preexistentes», en que «la fuente del derecho no es por tanto la equidad sino el juicio, en cuanto a través suyo se aplica el poder normativo del juez», que «resuelve discrecionalmente». Nada más alejado del sentido clásico de la equidad que ese resolver *sin reglas preexistentes y discrecionalmente*, puesto que no era sino la búsqueda de lo justo natural para el caso concreto al que no se ajustaba la ley humana (252), pero sin perder de vista las normas existentes (253). Incluso en ciertos períodos, en que se temió la falta de rigor y que se apreciara la equidad por puro arbitrio, se impusieron criterios al juzgador para su aplicación. Como en la constitución dada para Cataluña por Felipe III (II en el Condado de Barcelona) con las Cortes de Barcelona de 1599, prohibitiva de que se decidieran las causas por equidad, a menos que estuviese regulada y conforme a las reglas de derecho común y a lo que establecen los doctores en materia de equipadad» (254).

Todavía añade Bobbio un argumento: «Si se considera la equidad como una fuente preexistente al juez, debería admitirse como fuente del derecho también con referencia al legislador». Precisamente así es en el derecho natural clásico: la justicia general debe inspirar tanto al legislador, cuando redacta la ley humana atendiendo a lo que gene-

(247) *Ibid.*, *Conclusiones generales*, 61, pág. 315, a).

(248) *Ibid.*, 54, págs. 268 a 274.

(249) *Ibid.*, *Conclusiones...*, 61, pág. 315, b).

(250) *Ibid.*, c), págs. 315 y s., en rel. con cap. VI, págs. 275 y ss.

(251) *Ibid.*, cap. V, 44, págs. 22 y s.

(252) Cfr. nuestro estudio, *Equidad y buena razón, según el jurista gerundense del siglo XV. Tomás Miere*, 3, en AN. DER. CIV. XXX-I, enero-marzo 1977, págs. 11 y s.

(253) Cfr. *supra*, V, n. 12, especialmente los textos de Trifonino y Mieres en las notas 138 y 139.

(254) Cfr. nuestro estudio *Cotejo con la escuela histórica de Savigny*, II, 8, en "Rev. Jur. de Cat", LXXVIII, 4, pág. 776 y también *El método clásico del derecho natural contrastado en su aplicación, a través de los juristas catalanes*, 2, en Anales Real Academia de Jurisprudencia, 8, 1980, págs. 103 y s.

ralmente sucede, como al juez, al aplicarla directamente al caso concreto atendiendo a lo que de singular presenta respecto del supuesto general previsto por el legislador (255); por eso, Vico (256) empleó como término comprensivo de ambos supuestos la expresión *equidad civil*.

24. Para acabar de perfilar la concepción que Bobbio tiene del ordenamiento jurídico, es aún preciso referirnos a su perspectiva del positivismo jurídico como *método*, como *teoría* y como *ideología*.

Respecto del *método*, concluye (257) que «es pura y simplemente el método científico, y, por tanto, es necesario aceptarlo si se quiere hacer ciencia jurídica o teoría del derecho, si no se lo sigue no se hace ciencia, sino filosofía e ideología del derecho» (258).

En cuanto a la *teoría*, distingue (259) una *teoría iuspositivista en sentido estricto* y una *teoría iuspositivista en sentido amplio*. Esta subsume las concepciones coactiva, legislativa e imperativa del derecho y las de coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico e interpretación lógica y mecanicista del derecho. Aquélla sólo acoge las tres primeras, y es la que acepta Bobbio, rechazando el sentido amplio de la teoría positivista del derecho.

En lo que concierne a la *ideología* positivista —acusada de ser «una de las causas que han provocado o favorecido el advenimiento de los regímenes totalitarios europeos, y, en particular, el nazismo alemán» (260)— diferencia una posición «extremista» o «fuerte» y otra «moderada» o «débil». Ambas afirman «que el derecho tiene un valor en cuanto tal, independientemente de su contenido». Pero la primera le atribuye un *valor* de fin en sí mismo; mientras la segunda no se lo asigna sino porque «es el medio necesario para realizar cierto valor, el del *orden*» —es decir, se trata de «un valor instrumental» (261).

En otras palabras, «la versión moderada del positivismo ético difiere de la extremista porque, a diferencia de esta última, no dice que el derecho (positivo, naturalmente) es un bien en sí, e incluso el valor supremo, por lo cual es necesario siempre obedecerle. Tan sólo dice que el derecho es un medio (en terminología kelseniana: una técnica de organización social) que sirve para realizar un determinado bien, el orden social, con la consecuencia de que, si queremos ese bien, debemos obedecer el derecho. Pero la versión moderada, no dice que

(255) Cfr. *Equidad y buena razón, según el...*, I, 2, loc. cit., págs. 5 y ss., y II, 7, pág. 23. Especialmente es de notar el texto de MIERES, *App.*, II, coll. VIII, cap. II, 26, pág. 162: "*sicut ipse legislator aequitatem sequitur, ita iudicem sequi oportet*".

(256) Cfr. *supra*, texto de las notas 142 y ss.

(257) BOBBIO, *op. últ. cit.*, *Conclusiones*, 61, pág. 316, 3.

(258) Ya hemos visto antes (*supra* nn. 2 y 3) lo que el positivismo jurídico entiende por ciencia jurídica y que la única misión que asigna a los juristas es la de elaborarla.

(259) BOBBIO, *loc. últ. cit.*, págs. 315 y s.

(260) *Ibid.*, cap. VII, 58, pág. 296.

(261) *Ibid.*, 60, págs. 303 y s.

el orden sea el valor supremo; pues, si en un determinado momento histórico aparece cierto valor superior al orden existente y contrapuesto a éste, entonces puede romperse el orden (mediante un movimiento revolucionario) para realizar tal valor (262).

Esta última posición ideológica del iuspositivismo, que califica de *positivismo ético moderado*, según su juicio (263): «no lleva de hecho a la estatolatría o al totalitarismo político», en cuanto los valores aceptados no sean los de un Estado tiránico. Por ello, concluye (264) declarándose «favorable en tiempos normales a la versión débil o positivismo moderado».

Se relaciona esta versión ética del positivismo con la introducción de valores en el ordenamiento jurídico. En ese punto la tesis de Bobbio, confiesa Hernández Gil (265), que nunca ha llegado a explicársela del todo. Para Bobbio (266), la justicia como igualdad es necesariamente formal, y si introducimos el elemento libertad se nutre de contenido sustancial. Así, la justicia no será pura y simple igualdad, sino igualdad en la libertad. Pero ésta, estima Bobbio, no vale sino para una sociedad en que todos sean propietarios, mas no para aquélla en que unos lo sean y otro no. Conforme su criterio (267), a la justicia como igualdad —formal abstracta y universal— se llega por una investigación fenomenológica; y la justicia como igualdad en la libertad se alcanza asumiendo una posición personal, históricamente condicionada, que califica de *ideología* de la justicia material.

Hernández Gil (268) no estima convincente que, «prescindiendo de la libertad y reduciéndolo todo a la igualdad, hay pura fenomenología que capta la justicia como valor y, en el segundo caso, al introducir la libertad, el tema se convierte en ideológico». «Sorprende —añade— el planteamiento de una justicia centrada de modo exclusivo en la igualdad». Sólo puede explicarse porque Bobbio le concede contenido formal únicamente a la igualdad y no a la libertad. Pero, insiste Hernández Gil, «la igualdad es asimismo susceptible de hacerse real y efectiva. Esto es lo que consigue Bobbio a expensas de la libertad...». Además, «el paso de un concepto formal de la justicia a un concepto material no se da como base exclusivamente de la libertad, sino mediante la atribución a la persona de bienes y derecho que harán efectiva la libertad, pero que suponen otros componentes». Si no es así, la investigación fenomenológica, que se dirige a captar la justicia como valor, sólo descubre una expresión formal, que viene a ser lo contrario de un valor». Así, «o no hacemos nada con la justicia, o hacemos simplemente política».

(262) *Ibid.*, págs. 307 y s.

(263) *Ibid.*, *Conclusioni*, 61, págs. 313 y s.

(264) *Ibid.*, pág. 316.

(265) HERNÁNDEZ GIL, *El ordenamiento jurídico y...*, 14 E, pág. 84.

(266) N. BOBBIO, *Introduzione alla Filosofia del diritto*, Turin, Giapichelli, Ed. 1948, págs. 183 y ss.

(267) *Ibid.*, págs. 193 y ss.

(268) HERNÁNDEZ GIL, *loc. cit.*, págs. 85 y s.

X

CONSIDERACIONES CRITICAS A LAS CONSTRUCCIONES DEL
ORDENAMIENTO JURIDICO

25. Luis Figa (269), señala que la orientación de la doctrina acerca del ordenamiento jurídico, tiene una «orientación eminentemente teórica universalista y uniformista, cada autor lo configura según «un esquema único válido para todos los tiempos y lugares»; sea como «conjunto de normas sancionadoras... que termina en la norma fundamental» (Kelsen); «un cuerpo social organizado» (Santi Romano), o «un conjunto de normas primarias de conducta apoyado en un grupo de normas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación» (Hart). En cada caso «un modelo único e invariable».

Ante este hecho, opina Figa (270) que ese «enfoque generalizador y abstracto», «esteriliza» el concepto. Pero, ante todo, ese enfoque, que arranca de «un proceso de generalización, de abstracción y, como consecuencia, de homogeneización de los componentes del ordenamiento», parte de un presupuesto indemostrado, el de la «igualdad de las normas» en todo ordenamiento. De no ser así fallan los conceptos dados.

Por eso, «si la palabra "norma" significa en un ordenamiento una cosa distinta que en otro, no hay más remedio que admitir tantos tipos de ordenamiento como de normas, la heterogeneidad real de las normas lleva consigo la de los ordenamientos», heterogeneidad que, como no puede menos de ser, «no tiene alcance meramente teórico sino práctico».

En ese contexto recuerda Figa (271) que los griegos del siglo V a. C. distinguieron tres tipos de norma: el *kosmos*, referido al orden natural; el *taxis*, correspondiente a un orden conscientemente establecido, construido por el hombre, y *nomos*, de estatuto incierto expresivo de lo que podríamos denominar derecho inmemorial o ancestral constituido por normas que siempre se han observado sin que nadie pueda localizar su origen (como el *agraphos nomos* que Antígona recordó a su tío Creón). Por eso, pregunta si el orden humano, ¿es resultante de *nomos*, *kosmos* o *taxis*?

«Admitida la existencia de normas nacidas y desarrolladas sin designio alguno y de normas promulgadas conscientemente», estima que se puede contestar a la pregunta que acabamos de referir «en sentido opuesto al que adoptó Aristóteles al afirmar (*Política* 7,6) que el orden creado por el *nomos* —o sea, la normativa espontánea, consuetudinaria, ancestral— no es *kosmos* sino *taxis*. Creo, por el contrario que el orden creado por la normativa espontánea no es un orden conscientemente establecido, consecuencia de un designio, sino un orden también espontáneo —radicalmente distinto del resultante de un conjunto

(269) LUIS FIGA FAURA, *op. cit.*, I, B.

(270) *Ibid.*, I, C.

(271) *Ibid.*, *op. cit.*, I, C, A.

de normas "construidas", de leyes promulgadas con un designio y finalidad conscientes».

Permítaseme aquí un inciso. Una cosa es que el orden espontáneo no dimane de una mente rectora situada por encima del entramado social natural, como *res cogitans* operando con la *res extensa*. Pero otra cosa es que ese orden espontáneo y sus normas sean irracionales. Ese derecho espontáneo lo elabora el pueblo, «como las abejas sus panales»; pero con la diferencia que los hombres son seres racionales y, al elaborar espontáneamente su derecho, actúan con su razón. Actúan, en parte, «*quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit*» —dicho en palabras de Gayo (272) referidas al derecho de gentes— y, en parte, por la *opinio iuris seu necessitatis*, aunque ésta se forje por el trámite de los prudentes, a menudo simples jurisperitos. Corresponde al concepto de derecho positivo —en el que tanto cabe la costumbre como la ley en órdenes espontáneos— propuesto por el *Doctor Breviloquus* Giu Tarré o Guido de Perpiñán (273): «*dicatur ius positivum quis ponitur a recto iudicio rationis, prout corrui et utile reperitur ab intellectu practico hominis statuentis*». La diferencia es que, aquí, *res cogitans* y *res extensa* no están artificialmente separadas. Entre este derecho espontáneo y el legislado en virtud de un proyecto rector de quienes gobiernan la comunidad, existe la misma diferencia que media entre el cambio de situación topográfico de un grupo de hombres que agrupados caminan de común acuerdo en una dirección y el de los ocupantes de un autocar a quienes se les conduce hacia donde ha elegido quien lo guía.

Pero volvamos al razonamiento de Figa Faura (274) en el punto donde analiza la pretendida aporía de la tesis de Santi Romano, denunciada por Bobbio, de que el elemento primario necesario y suficiente del ordenamiento jurídico es un cuerpo organizado: «por cuanto no puede darse organización alguna sin normas». «Creo —tercia Figa— que la aporía desaparece si se cae en la cuenta de los presupuestos de que parte la teoría normativista». La teoría normativista «sin fundamento alguno prejuzga que un orden sólo puede resultar de normas y que sólo cabe hablar de "norma" —en el sentido de norma positiva— puesta». La teoría institucionalista, «al encerrarse en el concepto inexplicado de "organización", demuestra ignorar que un orden necesita normas para desarrollarse». Para Figa, la palabra «orden» tiene significados distintos según se refiera a un *orden constituido* o a un *orden espontáneo* y, en cada uno de los dos, tampoco las normas se originan del mismo modo.

(272) GAYO, *Dig.*, I, 1, 9.

(273) Citado por FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *Historia del pensamiento jurídico catalán*, vol I: "La Cataluña clásica", Sevilla, Montejuerra, 1963, cap. IX, pág. 188, quien indica que recoge la cita del carmelita FRAY BERTOMÉU F. M. XIBERTA, *De doctrinis theologiacis magistri Guidonis Terrani*, en "Analecta Ordinis Carmelitanum", V (1923), págs. 314 y s., que la transcribe del *Commentarium super Decretum de Tarré*, manuscrito latino vaticano 1.453, fol. 1, vto.

(274) FIGA FAURA, I, C. a 1.

26. En ese punto Figa (275), partiendo de las definiciones de orden de F. A. Hayek y de Doroty Emmet, estima erróneo suponer «que un orden social sólo puede ser producto de una voluntad consciente, de un designio constructivo, de una normativa promulgada. Por el contrario: la mayor parte de los «ordenamientos sociales» existentes —y, desde luego, los más importantes— no han sido construidos, sino que han nacido y crecido, y existen y evolucionan espontáneamente; son, desde luego, consecuencia de acciones humanas, pero no de un designio consciente» [volvamos a matizar, conforme la observación que hemos hecho al final del epígrafe anterior: no de «designio consciente exterior, planeado e impuesto», pero sí de «designio consciente interno, vivido, aunque a veces difuso»]; «evolucionan, pero nadie puede imponer una línea determinada de cambio, ni existen "leyes de evolución" que permitan predecir su futuro». Su origen no se debe a normas, «sino a algo más profundo que podemos denominar "comunidad"».

El lenguaje común de comunicación, los conceptos y valores comúnmente aceptados y expresados con iguales expresiones son la causa de un sistema normativo —y no a la inversa—, en el cual el significado de norma no se circunscribe al concepto estricto «de proposición imperativa, estricta o no». Así, señala los procesos: de *imitación* (teorizados por Tarde), del *comportamiento habitual* en una sociedad, de adquirir un *hábito* por ese proceso. De las reglas *autoestablecidas* —no *autoimpuestas*— «que ahorra al individuo, para supuestos frecuentes repetidos, el largo proceso de razonamiento que lleva a la decisión», basado en «razones debidamente sopesadas» que «el mismo individuo resume en una *regla*», con «finalidad *abreviativa*», que convierte en *rutina* «algo que ya no hace falta calcular porque ya ha sido muchas veces calculado». Y, pasando de lo individual a lo social, además de los «comportamientos paralelos», hallamos «un entramado de conductas recíprocamente condicionadas», con las consiguientes reacciones ante «una conducta distinta de la esperada».

Estima que «el individuo en el interior de un orden espontáneo no se conduce a partir de normas, sino a partir de aquel lenguaje común, conceptual y axiológico», «directamente y sin pasar por norma alguna; el individuo está inmerso en un sistema de principios constitutivos de su propio grupo social y decide vitalmente, intuitivamente [¿no sería más exacto decir por *sindéresis*?] la conducta adecuada».

«Cada grupo y cada subgrupo sociales crean espontáneamente —dice— sus propios órdenes, que pueden ser juzgados desde muchos puntos de vista: moral, económico, político, etc., etc., y no es raro que las diversas "calificaciones" obtenidas sean decididamente contradictorias».

A su juicio, «hay que evitar la posición simplista que lleva a creer que los órdenes espontáneos son cosa de sociedades primitivas regidas

(275) *Ibid.*, I, C. a 2. Cfr. FRIEDRICH A. HAYEK, *Derecho, legislación y libertad*, vol. I, *Normas y orden*, cap. II., ed. en castellano, Madrid, Unión Editorial, 1978, págs. 63 y ss.

por la costumbre», pues «tales órdenes constituyen la base de las sociedades actuales más avanzadas en las que, precisamente, la norma consuetudinaria parece —he dicho *parece*— haber perdido toda importancia».

Tomando estas observaciones como fundamento, Figa Faura distingue dos tipos de codificaciones. La de un *orden espontáneo* y la de un *orden construido*.

En el primer supuesto, el legislador constata su existencia y articula su contenido» y, además, llena la necesidad de «dar certeza a reglas que pueden carecer de ella». Para ese fin de «concretar, delimitar y precisar extremos que no pueden tener tal concreción, delimitación y precisión en una normativa meramente consuetudinaria» (fijación de edades o plazos, formas y solemnidades; precisar tasas, etc.) (276), señala Figa las funciones de las normas legisladas que recogen órdenes sociales espontáneos. Como características de esas normas legisladas enumera:

1.º La falta de *novedad*; pues la ley *reproduce* normas preexistentes: «más que ordenar para el futuro, constata la existencia, y por tanto la vigencia, de una norma o conjunto normativo» (277).

2.º Lo mismo que ocurre con todo orden espontáneo, el ordenamiento que lo recoge no es «continuo», ni abarca la totalidad del espacio jurídico (278); por el contrario, la regulación legal aparece más bien como un conjunto más o menos numeroso y tupido de «islotos» normativos separados unos de otros»; pues las normas «son «soluciones de urgencia» para los casos más frecuentes», ya que «la verdadera fuente de la que derivan las decisiones individuales» la constituyen los «conceptos, valores y equivalencias compartidos socialmente», de los que dimanar las soluciones para los casos infrecuentes.

(276) En nuestro estudio, *Plenitud y equilibrio de percepción sensorial en las antiguas fuentes de Derecho foral*, 13, en A.D.C. XXIII-III, julio-septiembre 1970, págs. 499 y s. o en A.D.A., XIV, 1968-1969, páginas 104 y ss., señalamos que en los regímenes forales hispanos, prototípicos de órdenes espontáneos, la promulgación de leyes obedecía en general a las siguientes razones: a) imponer una conclusión de derecho natural necesario incumplida por una costumbre contraria (cfr. a este respecto nuestro *Cotejo con la escuela histórica de Savigny*, III, 17, en R.J.C., LXXIX, 1980, 1, págs. 18 y s.). b) Resolver casos dudosos controvertidos, a veces recogiendo sentencias reales o judiciales. c) Declarar la inaplicabilidad de preceptos de derecho romano contrarios a los usos y costumbres. d) Solucionar supuestos en los que no se había alcanzado una *communis opinio*. e) Recoger y escribir los usos y costumbres, formulándolas depuradas y ordenadas.

(277) JOAN DE SOCARRATS, jurista del siglo xv, nacido en San Juan de las Abadesas, en su *In tractatum Petri Alberti... de consuetudinibus Cathalonie inter Dominos et Vasallos... commentaria, proemio*, nn. 6 y 7; cfr. ed Barcelona, 1551, pág. 6, observó, siguiendo la opinión de Baldo, que las compilaciones de costumbres: «quod licet sint in scriptis redactae, debet tamen dici ius consuetudinarium: quoniam scriptura non inducit, sed quod prius erat in scriptura redigatur», y «quod ad eius observantiam, et ut melius possit teneri menti, potes redigi in scriptis ad memoriam eius».

(278) Cfr. *supra* nn. 14 y 15.

3.º El «añadido de certeza, seguridad y precisión», que la reproducción legislativa significa para el orden espontáneo, «no produce en éste ninguna modificación esencial», pues sigue siendo orden espontáneo, continúa su curso *paralelamente* y no como consecuencia del texto legal que lo expresa (279).

4.º Consecuentemente, «todo orden espontáneo es evolutivo y sigue evolucionando después de haber sido fijado legislativamente» (280). Ello plantea un problema a su reflejo normativo en leyes: «la modificación permanente de la normativa neutraliza el más importante objetivo —la certeza— perseguido por la ley; pero su permanencia inmodificada lleva a una paulatina separación de la norma respecto del orden social real y, con ello, la conversión de la norma en un refugio para aquellas conductas que la sociedad rechaza como poco decentes (fenómeno que también se produce cuando el legislador cree que con el *Boletín Oficial del Estado* se puede modificar un orden social espontáneo)».

5.º La interpretación de esa normativa no debe referirse a la «voluntad» del legislador, ni al texto redactado, sino en el espíritu del orden espontáneo vivido (281).

(279) Como hizo notar MASPONS ANGLLOSELL, *El dret català...*, I, páginas 28 y ss.: «La compilación, en realidad, no recoge la forma individual de la costumbre, sino la síntesis que deriva de una serie de repeticiones individuales»... (Al escribir la costumbre se tiende a aquilosarla, pero a la vez se le da una estabilidad que no es la del agua recogida en un estanque, con la utilidad que no tendría si quedara desparramada por la tierra»... «El agua no recogida es la de más valiosa virtud fecundante»... «pero, al mismo tiempo, es la más difícil de aprovechar»... «al ser recogida, suele mezclarse con gérmenes extraños y al mismo tiempo se corrompe». Por eso.

(280) Recordemos, como uno entre tantos ejemplos prácticos, que el origen del llamado Fuero de Vizcaya fue el sentimiento de la necesidad de reunir en un cuerpo legal los usos y costumbres que se venían observando en la Tierra Llana, manifestado en la Junta de 1452 en Idaibazaga, y que la Junta General de 1526, en Guernica, hizo la propuesta que cristalizó en el nuevo Fuero de 1527 de rectificar aquél, «añadiendo y escribiendo en el dicho Fuero todo lo que estava por escribir, que por uso y costumbre se platica», corrigiéndolo en cuanto se habían escrito en él «muchas cosas que en el presente no hay necesidad de ellas, y otras que de la misma manera según el curso del tiempo, y experiencia, están superfluas y no se platican; y otras que al presente nos son necesarias para la paz, e sosiego de la tierra, e buena administración de la justicia, se dexaron de escribir en dicho Fuero, y se usa, e platica por uso e costumbre».

(281) Hice notar hace años (op. últ. cit., 14, A.D.C., pág. 503 o A.D.A., pág. 108) como muchos juristas actuales cuando tratan de interpretar textos de derecho foral, olvidan que más que en sus textos redactados, «ante los que se aíslan en su galaxia gutembergiana», deben buscar su sentido sumergiéndose en su vivencia táctil». Como ya había dicho PAULO, *Dig. 1, 3, 37*: «*Si interpretatione leges quæretur, in primis inspicendum est, quo iure civitas retro ei eius modi casibus usa fuisset; optim enim est legum interpretes consuetudo*».

Es más, SOCARRATS (*loc. cit.*) estimó que las compilaciones de costumbres no debían ser glosadas ni aplicarse por interpretación extensiva, «quia consuetudo, quantum habet de actu, tantum habet de potentia, et

6.º «El poder que el legislador tiene sobre un orden espontáneo, o bien consiste en la posibilidad de suprimirlo de raíz por medio de sanciones penales o bien se reduce a un muy limitado poder educador que, de no ser ejercitado con cautela y no poco disimulo, encuentra muy pronto su ruptura» (282).

7.º El funcionamiento «del complejo mecanismo» de un orden social espontáneo «no puede ser explicado con el solo recurso del concepto de norma». Juegan —y cita a R. Harré y P. F. Secord— la imitación, el deseo de agradar, el aprendizaje, el hábito, el consejo, las recetas, las instrucciones, máximas, principios, etc. Por eso, «si el legislador no dispone de otra herramienta que la norma jurídica, su pretensión de *crear* y de *mantener*, con ella y sólo con ella, un orden social, por limitado que sea, carece palpablemente de fundamento». En los órdenes jurídicos espontáneos: «el mundo sigue su marcha independientemente de que el legislador haya pretendido codificarlos o no».

Nota Figa (283) la contraposición, con cada una de estas características, de las propias del «ordenamiento construido» que, «como causa única de las conductas que sin él no se producirían, necesita prever y cubrir todas las eventualidades»; y «de ahí la proliferación de normas, aclaraciones, interpretaciones, circulares y órdenes comunicadas». Ante la insuficiencia de las normas clásicas, aparecen «las directivas, recomendaciones, normas-marco, normas de planificación indicativa, normas de programación no vinculantes o vinculantes unilateralmente, etc., etc.». E, incluso, normas que «con finalidad *promocional*, se proponen premiar el cumplimiento de la norma o de la recomendación, en vez o al mismo tiempo que castigar su incumplimiento.

27. Luis Figa ha mostrado un orden espontáneo que escapa de las concepciones normativistas (en el sentido de normativismo legislado) y organizativista del ordenamiento jurídico; por su parte, Antonio Hernández Gil ha tratado de subsanar la falta de «mirada hacia arriba» de tales concepciones, para lo cual reclama una perspectiva más amplia, que halla en la conexión del ordenamiento jurídico con los valores y en la justicia como un valor. Es decir, en una dimensión axiológica del derecho.

«Desde el momento —dice (284)— que aceptamos un deber ser, estamos admitiendo que el derecho no coincide necesariamente con algo dado como tal, por el sólo hecho de aparecer dado, sino que su condición de jurídico resulta de la acomodación al deber ser encarnado

non plus”; “quia consuetudines non recipiunt extensionem ultra id, quod agitur”.

(282) Lo había advertido JOAQUÍN ALMEDA, *loc. cit.*, págs. 23 y s., la costumbre “vive y vivirá contra la ley como acusadora para alegar contra ella y condenarla como juez, si no cumple su misión”. Supuesto en el cual “no será su compañera sino su enemiga, no la ayudará, sino que será su condena y lazo de perdición”.

(283) FIGA, *Ibid.*, I, c, a, 3.

(284) HERNÁNDEZ GIL, *El ordenamiento jurídico y...*, 8, págs. 42 y ss.

por el valor». La norma de derecho positivo «no puede de ninguna manera ser entendida como un mero hecho, pues es un significado humano, y, a fuerza de tal, tiene sentido o significación»; por eso, si se manda ésto y no aquéllo es «porque quienes lo ordenan creen que esto tiene justificación...». Es decir, que lo inspira «un juicio de valor»; que, de una parte, tiene «la vocación de realizarse» y, de otra, actúa en la vida social «de la que no es el derecho el único modo».

Con Recasens Siches (285), reconoce la prioridad del valor sobre la valoración. Esta, por su base «objetivista», no es un *a priori* en el sentido epistemológico kantiano o neokantiano, pues «la prioridad no concierne al conocimiento, sino a la existencia del valor o a su intrínseca validez». La *realidad* «no es simplemente lo dado, los hechos. El ser humano tiene un sentido, se dirige a un fin» (286).

Estas reflexiones le conducen hacia el examen de la justicia como valor que enfoca desde tres perspectivas distintas:

a) La formalista y abstracta (287), que ya hemos analizado más arriba (288).

b) La del derecho natural (289), en la que distingue: α) el derecho natural del pensamiento de la Ilustración —«sistema cerrado», que «racionalizó la justicia para mostrarla en unos principios y en las normas derivadas», y β) el iusnaturalismo clásico, en cuya línea analiza el pensamiento de Legaz Lacambra y la de quien aquí lo refiere, que él nos resume con precisa y ajustada síntesis.

c) Las diversas explicaciones más allá del formalismo, que expone y critica (290) conforme vamos a tratar de resumirle.

Frente consideración que la identifica con «la lucha por la justicia y la *restitutio*, una tarea infinita», más «aspiración» y «esperanza» que «realidad efectiva», objeto que «necesitamos alguna idea, siquiera sea esencial o en boceto en que identifiquemos aquello hacia donde dirigimos nuestros pasos».

Ante la opinión que afirma «su no reductividad a un sistema» y la considera «como un problema y encarnada en soluciones justas», con «su campo de acción en la aplicación judicial de derecho», no le convence reducir la cuestión a la conciencia del juez responsable en el momento de su actuación, que advierte no es el único de la penetración de la justicia en el orden jurídico.

En lo fundamental, como ha observado Michel Villey (291), esta posición abdica de la misión primordial de guiar al juez; sin proponer-

(285) LUIS RECASENS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica de lo "razonable"*, Méjico, Fondo de Cultura Económica, 1971, pág. 191.

(286) HERNÁNDEZ GIL, pág. 46.

(287) *Ibid.*, 11, págs. 57 y ss.

(288) *Cfr. supra*, 3.

(289) HERNÁNDEZ GIL, *loc. cit.*, 12, págs. 65 y ss.

(290) *Ibid.*, 14, págs. 75 y ss.

(291) MICHEL VILLEY, *Abregué du droit naturel clasique*, Arch. Ph. du Dr., VI, 1961, pág. 44, y *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, cap. VII, 2.^a ed., París, 1962, pág. 134.

le normas, le abandona al «determinismo histórico», «digamos al azar»; produce la desaparición del arte judicial.

Las opiniones de John Rawls —que trata de hacer compatibles: igualdad y libertad, atendiendo las desigualdades económicas que redunden en «mayor beneficio de los menos aventajados de acuerdo con un principio de ahorro justo», tesis justificativa de la democracia americana—; de Heinrich Henkel —que toma como pautas la «medida de la dignidad del hombre» y el «equilibrio» de prestaciones—, y de Norberto Bobbio —de la que ya antes nos hemos ocupado, así como de la crítica a la que Hernández Gil le somete (292)—, comparadas entre sí, le hacen comentar (293) que en esto consiste «el drama de la filosofía de los valores». Sin duda alguna, si los valores se captan fenomenicamente, su articulación, en uno u otro sentido —incluido el de Bobbio— es ideológica. Por eso, concluye Hernández Gil: «Si el "drama" de la filosofía de los valores es la abstracción el "drama" ideológico sería la relatividad. Por una y otra vía el valor se esfuma o se difumina. Creo que no es así. Las ideologías son, ciertamente, interpretaciones de los valores, mas no los crean *in radice*».

La amable cita que, en este punto, me hace el Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia, me invita a proseguir, por mi cuenta, el comentario (294). Ese "drama" de la filosofía de los valores —que consiste en que no alcanza a descubrir sino una «tópica» de valores, entre tantas pensables por el hombre, medida de todas las cosas (295), que se pierde en el «piélago axiológico» (296— sólo podemos resolverlo, aunque sea aproximativamente, si acudimos a una *ontología* seria (297), basada en la naturaleza —del hombre y de las cosas (298) no en el ámbito más reducido de la *natur des sache* (299)—,

(292) Cfr. *supra*, 21.

(293) HERNÁNDEZ GIL, *loc. cit.*, pág. 87.

(294) Cfr. nuestros estudios, *De la virtud de la justicia a lo justo jurídico*, I, 2, notas 18 y 8., en "Rev. Dr. Esp. y An.", X, 1965, págs. 36 y s. y 58 y ss., o en *En torno al derecho natural*, págs. 79 y ss. y 8 y ss., y *El bien común, pauta de la justicia general o social*, en "R. Est. Polit.", 153-154, mayo-agosto 1967, págs. 49 y ss., o en *Algo sobre temas de hoy*, Madrid, Speiro, 1972, págs. 118 y ss.

(295) Cfr. ANTONIO DE LUNA, *Nota crítica a la Introducción a la ciencia del Derecho*, de G. Radbruch, en R.D.P., XVII, septiembre 1930, pág. 286.

(296) Cfr. ANTONIO GÓMEZ ROBLEDO, *Meditación sobre la justicia*, Méjico, 1963, cap. VIII, n. V, pág. 168.

(297) MICHEL VILLEY, *Leçons d'Histoire de la...*, "Lectures Critiques", IV, *Coing*, II, págs. 307 y ss., y en su *Nota crítica* al libro de MAURICE DUPUY, *La philosophie de Max Scheler, son evolution et son unité*, en Ar. Ph. Dr., V, 1960, págs. 233 y ss. En especial, en la pág. 236 explica la superioridad del método tomista "fundado no sobre la intuición vaga que la emoción se forja de los valores, sino sobre el análisis preciso que efectuaba la inteligencia de la esencia final de los seres, hombres, familias, ciudades", "más adaptable a las necesidades del arte jurídico".

(298) Cfr. nuestro discurso *El derecho natura! como arte jurídico*, 3 y 6, en *El derecho natural hispánico*, cit., págs. 467 y ss. y 475 y ss.

sin confundir *vero* con *certo* y ayudándonos con lo *verosimilia* —dichas las tres palabras subrayadas en terminología viquiana (300)—, después de agotado al máximo el rigor asequible.

Realmente, como ha advertido Michel Villey (301)—, la actual situación de la filosofía, y concretamente la del derecho, dimana de que se perdió el camino en el momento del debate filosófico entre el nominalismo y el realismo. Por ello, propone que «en lugar de practicar la huida hacia adelante, esclavos del prejuicio moderno», remontemos la historia hasta la encrucijada en que «los modernos», «se descarriaron y volver al camino del realismo clásico que equivocadamente abandonaron».

28. Para concluir esta parte del estudio que acometemos conviene que nos enfrentemos con un hecho advertido por Hernández Gil (302): «el concepto del ordenamiento jurídico ha sido más ampliamente acogido por los administrativistas que por los civilistas».

Entre aquéllos, tenemos alguna posición normativista —al estar fundado el derecho en el *deber ser*—, como es la de Garrido Falla (303), y otras integradas o próximas a la concepción institucional, como la de García de Enterría (304), quien lo considera una realidad dinámica que funcionaliza las normas jurídicas en «un sistema social dado y en la organización formal o informal de que el mismo se dota», que permanece en tanto subsistan sus principios, aunque cambien las normas, y en el cual coexisten, formalizadas o no, diversas fuentes del derecho, pues nunca se ha logrado alcanzar plenamente el monopolio —pretendido en algunas fases históricas— del derecho por la ley.

La razón de la expresada diferente actitud en este punto, de los civilistas respecto de los administrativistas, explica el propio Hernández Gil que «posiblemente obedece a que el derecho civil, por su larga tradición histórica y evolución lenta, por haber moldeado instituciones muy consolidadas, así como por el carácter esencial y homogéneo de las normas organizadoras, predominante codificadas [recorremos en estos dos últimos puntos las reservas y precisiones de Figa], se muestra en sí mismo como una unidad orgánica y desde luego como un sistema. El derecho administrativo, por el contrario, de aparición mucho más reciente, aunque hoy goce de gran vitalidad como ciencia y técnica, cubre un ámbito sumamente extenso y vario de la realidad

(299) Cfr. MICHEL VILLEY, *Historique de la nature des choses*, Arch. Ph. Dr., 1965, págs. 267 y ss., y *Droit et nature des choses*, Paris, 1965, págs. 267 y ss.; y FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *La cuestión de la vigencia del derecho natural*, 3, en *El derecho natural hispánico*, cit., páginas 25 y ss.

(300) Cfr. *supra*, textos correspondientes a las notas 142 y 207.

(301) MICHEL VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Lib. II, *Conclusion*, págs. 269 y s., y Lib. V, *Conclusion*, pág. 707.

(302) HERNÁNDEZ GIL, op. cit., 5, págs. 28 y s.

(303) FERNANDO GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, I.E.P., 1976, págs. 73 y ss.

(304) EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, págs. 53 y ss.

jurídica, está más ligado que el derecho civil a la articulación política de la sociedad y del poder, y la ordenación en que se manifiesta corresponde a diversas escalas jerárquicas y es muy heterogénea». Lo que acucia a sus cultivadores a «buscar el sentido del orden, de la integración y de la unidad».

Esa diferente actitud puede deberse a la necesidad de abarcar el concepto de ordenamiento, mayor en derecho administrativo, como en general en el derecho público, que en las disciplinas tradicionales, dada la diferencia entre ordenamientos *espontáneos* y los *construidos* advertida por Luis Figa (305): «Derecho civil, derecho mercantil, derecho penal son, en la actualidad, sistematización y formulación de órdenes sociales creadas, desarrolladas y evolucionadas espontáneamente a través de siglos y pueden servirnos para ver más claramente y para constatar más exactamente lo que diferencia y separa de manera radical un ordenamiento *espontáneo* de un ordenamiento *construido*». En cambio, los ordenamientos *construidos*, explica (306), precisos hoy para ordenar «los servicios y ventajas que el Estado proporciona y que sólo al Estado puede proporcionar», requiere un «montaje artificial de una estructura»; pues, no basta «un conjunto de normas aisladas separadas por espacios susceptibles de ser llenados a partir de un sistema común de conceptos, valores y medidas», sino que «debe ser positivamente completo», sin que sea posible «comportamiento paralelo alguno». Ha de ser, y es, «artificial deliberado y único», que «necesita prever y cubrir todas las eventualidades».

Tal vez por esos motivos sea menor el interés que han sentido los civilistas por la construcción conceptual del ordenamiento jurídico.

Hemos visto antes (307), reflejado en imagen, lo que entendió Castán Tobeñas.

Federico de Castro (308) parte de una comprobación: «Cada norma o grupo de normas adquieren sentido dentro del conjunto total de normas de la organización; cada una supone y, en cierto sentido está condicionada por las otras, cada cambio o sustitución repercute sobre las demás».

Observa que el ordenamiento jurídico ha sido enfocado bajo tres perspectivas: como *conjunto total de normas* (Ordenamiento de Alcalá, Ordenamiento *Real*); como *sistema jurídico* o «construcción teórica instrumental», y como *orden* jurídico o realidad de la reglamentación-organización», «en su multiplicidad de relaciones jurídicas y en la jerarquía de poderes y deberes reguladores de la vida social».

Tres puntos que, dice De Castro, no deben separarse: «El conjunto de normas será necesario considerarlo en su unidad lógica (sistema), para poder ser reconocido teóricamente, y para juzgarlo teleológicamente será preciso observarlo en su funcionamiento real (orden). El orden jurídico, será el último objeto de las normas en cuanto es dar

(305) FIGA FAURA, *op. cit.*, I, C. a, 2.

(306) *Ibid.*, 3

(307) Cfr. *supra*, notas 3 y 4.

(308) FEDERICO DE CASTRO, *op. y vol. cits.*, cap. I, IV, págs. 62 y s.

calidad a la jerarquía de fines», refiriéndose a la *ordinatio* según la concepción tomista.

Díez Picazo y Gullón Ballesteros (309) lo han considerado como «una realidad orgánica porque no es sólo el conjunto de normas abstractamente formadas, sino también la forma y la manera cómo las normas se ejercitan, se desarrollan y se aplican los juicios de valor en que vive inmerso y la mentalidad de los hombres que lo ponen en práctica».

José Luis de los Mozos (310) cree que «norma, principio y sistema son los tres elementos o factores que integran el ordenamiento jurídico, es decir, lo que comunmente llamados derecho objetivo», que considera fuera de «los viejos resabios del positivismo, hoy superados».

Figa Faura (311) dice: «llamaremos ordenamiento jurídico al grupo o conjunto de normas caracterizado, frente a otro u otros grupos de normas, por unos específicos, peculiares y distintos modos de entendimiento, interpretación y aplicación». Modos, que, como al exponer su tesis hemos visto, son determinantes de la especie de ordenamiento de que se trate.

Ninguna de estas exposiciones expresa una concepción cerrada, totalitaria ni rígidamente jerarquizada.

XI

¿UNIDAD DEL ORDENAMIENTO O PLURALIDAD DE ORDENAMIENTOS JURIDICOS?

29. La unidad del ordenamiento jurídico, y su monopolio estatal, resultan evidentes para Kelsen, Hart y Bobbio, según hemos visto. En Kelsen es así por su norma «fundamental», en la que se basa en estructura escalonada de su pirámide jurídica. En Hart se mantiene por la «norma de reconocimiento», completada por las de «cambio» y «adjudicación». Y en Bobbio resulta por ser la ley la única «fuente de calificación jurídica» de las demás, que le quedan subordinadas.

No ocurre igual para Santi Romano, según quien —como hemos visto— se identifican *ordenamiento* e *institución* u organización social, en cuanto «unidad delimitada y permanente», que «no pierde su identidad, al menos necesariamente, siempre que cambian sus elementos concretos, las personas que la integran, el patrimonio, sus medios, sus intereses, sus destinatarios, sus normas, etc.» (312). Hay entre la institución y sus normas una «misma implicación»: «la institución es tal en cuanto establece normas y la norma deriva de la fuerza de la

(309) LUIS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 3.^a ed., Madrid, Tecnos, 1977, pág. 33.

(310) JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, *Derecho civil español. Parte General*, vol. I, Salamanca, 1977, págs. 380 y ss.

(311) FIGA FAURA, *op. cit.*, I, C. b.

(312) SANTI ROMANO, *op. cit.*, § 12, 4, pág. 127.

institución» (313). Pero no es necesaria la regulación de una relación interna de superioridad-subordinación correlativas (314).

En los ordenamientos derivados, explica Justo López (315) que las normas organizativas y los elementos organizados «son puestos por el ordenamiento originario del cual derivan total o parcialmente según que la derivación sea total o parcial. Pero, esto se refiere a la relación entre estos tipos de ordenamientos. *No hay ninguna necesidad lógica ni real de que sólo exista un único ordenamiento originario.* Todo ordenamiento es un sistema que se puede calificar de normativo-social, lo cual implica que tiene una *unidad*; pero de eso no se sigue la *unicidad* del ordenamiento. Una cosa es que cada ordenamiento sea uno (tenga unidad) y otra que no pueda haber sino un ordenamiento único».

«La diversidad de ordenamientos —anticipa el mismo autor (316)— plantea el problema de sus relaciones recíprocas que aparentemente no aparece en la tesis "monista". Sólo aparentemente, pues la cuestión se plantea para el monismo como la relación entre órdenes normativos parciales y de éstos con el ordenamiento». Así lo hemos visto antes planteado por Hart y Bobbio.

La pluralidad de ordenamientos podría dar lugar, según Santi Romano (317), a una situación *de irrelevancia*, significativa de que «no hay entre ellos relación alguna». Pero, cree que la pluralidad se resuelve «necesariamente» en la *relevancia* «que uno de ellos puede tener para con los demás».

El axioma de la *impermeabilidad*» de cada ordenamiento, Santi Romano lo restringe en el sentido de que «en un determinado ordenamiento originario no pueden tener valor las normas de otro ordenamiento si no es en base a normas del primero», pues no acepta la tesis de que, «inversamente», «un ordenamiento sólo debe considerar jurídicas sus normas y estimar irrelevantes todas las demás en cuanto tales». Lo cual juzga que «no sólo es arbitrario, sino que además está en abierto contraste con la realidad». Es decir, el principio de que todo ordenamiento originario es exclusivo, sólo debe admitirse en el sentido de que aquél *puede*, efectivamente, pero no de que *debe necesariamente* negar valor jurídico a cualquier otro». «Un ordenamiento —concluye— puede ignorar o, incluso, negar a otro ordenamiento; puede tomarlo en consideración atribuyéndole un carácter diverso del que él mismo se atribuye a sí mismo, y puede, por tanto considerarlo como un mero hecho. Pero no se ve porqué no pueda reconocerlo como ordenamiento jurídico para determinados efectos o en la medida o con las calificaciones que estime oportuno atribuirle».

Ahora bien, en una concepción positivista, el significado de las palabras *puede* y *debe* carecer de sentido con referencia a la norma sobe-

(313) *Ibid.*, § 13, pág. 130, nota adicional 30, ter.

(314) *Ibid.*, § 17, pág. 144.

(315) JUSTO LÓPEZ, *loc. cit.*, VIII, pág. 197.

(316) *Ibid.*, V, pág. 190.

(317) SANTI ROMANO, *op. cit.*, § 34, pág. 248, con su nota adicional

rana. Por eso, las concepciones de Kelsen, Bobbio y Hart son monistas para cada ordenamiento «originario»; y los «derivados» no son sino delegaciones o ratificaciones de una normatividad delegada y subsumida por aquél. Santi Romano, con su postura institucional y organicista, emplea la denominación de ordenamiento en un sentido distinto, más lato; pero no escapa a la aporía que, positivístamente hablando, significa decir que el ordenamiento, con soberanía para rechazar validez normativa o concederlo a otros, *debe* conferírsele, o bien a la redundancia de afirmar que *puede* no concedérsela.

El deber y el poder, en un positivismo jurídico sin trampa ni cartón, no tiene sentido jurídico sino en los niveles por debajo de la disposición de la «norma fundamental» de la «norma de reconocimiento», o de la «fuente de calificación jurídica». A no ser que el positivismo se sitúe al nivel de las posibilidades de mero hecho: de modo que allí donde no llegue el poder del Estado, por encontrar una resistencia a la que no pueda vencer (tanto si ocurre en el interior o bien en el exterior, ante la soberanía de otro Estado no reconocida en algún territorio o en determinada zona marítima) o con la que no quiera chocar; y, aún en este caso, se partirá de una estimativa en la cual el juicio del deber o del no deber resultará de una mera valoración de fuerzas o de una capacidad de resistencia, o bien del costo de todo tipo (político, social, económico...) de la posibilidad de imponerse.

Siendo así, la pluralidad de ordenamientos dentro de un mismo Estado, o bien sería consecuencia de la «norma fundamental», de la «norma de reconocimiento» o de la «fuente de calificación jurídica» —y, en ese caso, habría siempre «unidad, con autorizaciones o delegaciones», que asimilarían o subsumirían los demás ordenamientos en general conforme la voluntad del soberano— o, por el contrario, se trataría de una simple cuestión de hecho (318).

No hay escapatoria; pues, tocamos lo que Justo López (319) denomina «punto crítico» para la «ideología» del positivismo jurídico: «la cuestión de la *validez en sentido material* (usamos esta expresión corriente por mera comodidad) del ordenamiento jurídico, *cuestión vedada*, según aquélla, ideológica». Como ejemplo, al nivel más asequible y no trascendente a la humanidad, pone el del Estado que no reconozca a la comunidad internacional: «¿no significaría que el Estado se reserva la libertad de *actuar en contra de todas las normas de aquella comunidad*? ¿Debería admitirse, entonces, que tal reserva *convertiría sin más y absolutamente en válida* cualquier actuación del Estado contrario a esas normas?».

De ahí que algunas concepciones positivistas hayan abierto ventanas a las ideologías o a los valores predominantes en la opinión pública o encarnadas en la mayoría. Es decir, a una nueva immanencia, esta vez no estatal sino social. Y, aquí, queda sin respuesta otra pre-

(318) El Estado de derecho, cuando aquél convierte cuando quiere en derecho, es una tautología en los Estados modernos. Cfr. nuestro estudio *El Estado de derecho*, en VERBO, 168, septiembre-octubre 1978, págs. 1035 y ss.

(319) JUSTO LÓPEZ, *loc. cit.*, VI, pág. 194.

gunta, ¿cómo se guiará la opinión pública o la mayoría que imponga su odeología? ¿Por intuición?: entonces dependerá de un subproducto del derecho natural de las gentes, sin explicar —por menos fundamentado, ponderado, matizado y contrastado—. ¿Por los *mass media*?: entonces quedaría a expensas de la ideología que más y mejor los supiese manipular, apoyada en el poder, sea del Estado, o de los partidos, o de las multinacionales económicas o políticas, grupos de presión, etc. No cabe, pues, sino el intento de buscar una pauta que nos trascienda, en el orden de la creación, en la naturaleza, incluida la del hombre —no abstracto sino real, concreto y completo— y la de las cosas, en su más amplio sentido. En ese supuesto los mentores no podrían ser ni los expertos en publicidad, ni los políticos en el sentido usual que hoy damos a esta palabra para expresar a quienes luchan por obtener o conservar el poder, finalidades para las que resulta un medio la conquista de la opinión pública o de la mayoría de votantes.

Volviendo al pluralismo, tal como lo observa Santi Romano, y a las «relevancia» o «irrelevancia», antes expuestas, creemos de interés señalar dos ejemplos que pone, de «irrelevancia» relativa.

Uno (320) es el de quien establece un ordenamiento «para sus familiares, para las personas que estén a su servicio, para las cosas que están a su disposición, para sus huéspedes, etc.»; y, así, «crea en esencia una pequeña institución de la que se erije en jefe»: «sin embargo, la configuración de la institución no debe buscarse en las leyes del Estado, que, por su parte, consideran aisladamente y desde otros puntos de vista, tanto el domicilio de la persona, para garantizar su libertad, como sus relaciones con las personas que constituyen su familia o están a su servicio, o con las cosas sobre la que ostenta un determinado derecho». Pero esto, dice, «resulta indiferente, al menos de modo directo, para aquel "derecho doméstico"» (321) del que el derecho estatal no se ocupa sino de sus relaciones externas o de sus límites.

El otro ejemplo que pone (322), es el de la constitución de una escuela o de un establecimiento industrial por una persona como *do-*

(320) SANTI ROMANO, *op. cit.*, § 19, págs. 166 y s.

(321) Esa distinción fue bien formulada por SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, II^a-II^a, q. 57, a. 4, *resp.* y q. 58, a. 7, *ad.* 3. En el primero de estos dos textos distingue lo que es "otro en absoluto o completamente distinto" en los hombres "sometidos al mismo príncipe de la ciudad" y lo que "es llamado otro no en absoluto, sino relativamente, como parte subsistente de otro ser"; y así ocurre en la relación de padre a hijo, "y por eso no existe entre ellos el derecho en sentido absoluto sino un justo relativo, esto es, el paterno"; y "puesto que entre el varón y la mujer existe una relación inmediata en la sociedad doméstica": "de ahí que entre ellos no se dé tampoco en un sentido absoluto lo "justo político", sino más bien un justo doméstico" (*iustum oeconomicum*).

La diferencia de la concepción del Aquinatense, es que parte de la existencia de un orden natural —que no debemos confundir con lo que se ha denominado *ordo político* medieval, que algunos presentan como caricatura del *ordo naturalis*—; y no de lo que el Estado, fácticamente, quiera y pueda estatuir.

(322) SANTI ROMANO, *op. cit.*, § 19, págs. 167 y s.

minus. Ciñéndose al segundo supuesto, distingue dos perspectivas. En sí mismo, el establecimiento constituirá: «una institución para su derecho interno y, como tal, tendrá un jefe, un legislador, súbditos, leyes propias, todo un esquema de engranajes administrativos y de autoridad; será, por tanto, un mundo jurídico en sí mismo completo en su género y en sus fines». En cambio, desde la perspectiva del derecho estatal, podrá ser algo muy distinto: «o estará desintegrada en las más variadas relaciones que medien entre las personas que la integran o, como unidad, será considerada como una *universitas rerum*, o como un conjunto activo o pasivo de un ejercicio comercial».

En cuanto a la «relevancia», explica Santi Romano (323): «El Estado, que de por sí ya es una institución, está comprendido en aquélla más amplia que es la comunidad internacional, al mismo tiempo que dentro de él pueden distinguirse otras instituciones, como los entes públicos subordinados, los municipios, las provincias, incluso los distintos órganos entendidos como oficios en el Estado moderno, los llamados poderes legislativo, judicial y administrativo; los organismos contemplados en el derecho administrativo, como las escuelas, las academias científicas, los establecimientos de todo género, etc.».

30. Figa Faura, partiendo de su antes resumido concepto de norma jurídica —como «la parte visible del iceberg jurídico» que sólo puede ser entendida abarcando «su aspecto no formulado explícitamente»— y de la perspectiva que expone del ordenamiento jurídico —como «grupo o conjunto de normas caracterizado frente a otro u otros grupos de normas por unos específicos, peculiares y distintos modos de entendimiento, interpretación y aplicación» (324)—, prosigue su razonamiento, exponiendo (325):

«... si la vigencia simultánea de varios sistemas normativos pertenecientes a diversos Estados puede tener múltiple justificación y, en último término y a falta de otra, la del empeño de afirmar la propia soberanía —la coexistencia *intraestatal* de varios grupos normativos no compatibles, no puede ser debida más que a una causa: a la coexistencia de dos o más sistemas de principios generales, origen, causa o *ratio* de las normativas citadas». Y, tratándose de normativas «sustancialmente y casi exclusivamente constitutivas de órdenes espontáneos, habrá que admitir que la vigencia de sistemas de normas de conflicto *intraestatal* denuncia la coexistencia en el interior de la comunidad nacional de grupos sociales presididos por sistemas conceptuales y axiológicos distintos, admitidos, respetados y protegidos como tales por los poderes públicos».

Esta coexistencia, dice, puede estar localizada geográfica o funcionalmente.

La localización geográfica «se da, por ejemplo, en los derechos civiles forales, delimitados por las normas de derecho interregional

(323) *Ibid.*, § 12,3, pág. 125.

(324) FIGA FAURA, *op. cit.*, I, C. b.

(325) *Ibid.*, b, 2.

(arts. 13 al 16 del Código civil), demostrativos de la existencia de grupos sociales localizados geográficamente, cada uno de los cuales se ha organizado espontáneamente bajo sistemas de principios propios».

La localización geográfica «se da, por ejemplo, en los derechos consecuencia de los diversos papeles (roles) o funciones que el individuo puede y, no pocas veces, debe desempeñar en ella»; y se rige, «al jugarlo, y *solamente al jugarlo*», por «normas que pueden hallarse en total contradicción con las que presiden normalmente la vida de la sociedad».

Con ese criterio, «la vigencia simultánea *en un mismo ámbito estatal* de varios sistemas de principios generales compatibles (comprendidos cada uno de ellos de una base conceptual, una jerarquía de valores y un sistema de equivalencias o unidades de medida propios) lleva, necesariamente, a la vigencia simultánea de normativas primarias no compatibles que una vez admitida legalmente, exige el establecimiento de normas de conflicto y no pocas veces supone diferentes elencos o diferentes órdenes de prelación de fuentes».

Advierte Figa (326) que la pluralidad de sistemas de principios generales «no es, sin embargo, perceptible a simple vista»; porque «los ordenamientos positivos procedentes de órdenes sociales espontáneos se limitan a constatar *reglas*, es decir, simples consecuencias de unos principios que no formulan expresamente». Por eso, cree que la pluralidad de ordenamientos se pone de manifiesto, de modo más patente, «en la inevitable pluralidad de normas primarias de conducta y en la no menos inevitable formulación de sistemas de normas de conflicto».

Así, en no pocos países y en el nuestro entre ellos, «el sistema jurídico estatal —prosigue Figa (327)— está compuesto de una pluralidad de ordenamiento coordinados entre sí y delimitados por medio de sistemas de conflicto». Y no ve inconveniente en denominar «*ordenamiento jurídico general* a este heterogéneo conjunto». Sin embargo, matiza que «el empleo de tal denominación, en el caso en que responda a un auténtico interés en presentar las cosas de manera más exacta, obliga a calificar el tipo —espontáneo o construido— a que pertenece y a comprobar si y de qué manera tal ordenamiento general cumple con los requisitos básicos», «fundamentalmente si y de qué manera se estructuran en él las normas primarias y las secundarias de reconocimientos, de cambio y de adjudicación».

Ese ordenamiento general estatal «es *construido*» —«cualquiera que sea el tipo a que pertenezcan los ordenamientos que lo constituyen»— y constituye «un *artefacto* con el cual el poder político construye o pretende construir o mantener una sociedad con arreglo a una determinada manera de entender lo que clásicamente ha recibido el nombre de justicia general o arquitectónica». Efectuándolo, sea con actitudes «de admisión, rechazo o indiferencia, respecto de los ordenamientos espontáneos, y con la construcción de los gubernativos pro-

(326) *Ibid.*, I. D.

(327) *Ibid.*, II.

pios, dosifica aquellos valores que cree dignos de ser tenidos en cuenta en la edificación de lo que cree debe ser una sociedad bien ordenada».

31. Para completar la perspectiva que nos ofrece Luis Figa, es preciso seguirle en su comprobación del juego individualizados del sistema de fuentes y normas de conflicto, de interpretación, de cambio y de adjudicación.

1) *Sistemas de fuentes*. El hecho «de que dos espacios estén regidos por distintas fuentes revela o puede ser indicio de la existencia de dos ordenamientos» (328).

Hemos visto antes (329) que es diversa la posición que la costumbre tiene, respecto de la ley, en el derecho foral de Navarra y la que mantiene el Código civil; e igual ocurre, en derecho mercantil, con los usos de comercio. Alonso Olea, en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia (330), ha destacado el carácter de fuente específica que tienen en derecho del trabajo los convenios colectivos de carácter normativo general, así como el de las sentencias normativas y los laudos normativos. Recordemos las llamadas al derecho natural de la compilación foral de Aragón. Y añadamos, ahora, las observaciones de Figa (331) acerca de que el derecho mercantil, en «su condición histórica de ordenamiento perfecto», que «obedece a una tabla de valores y a unos principios radicalmente opuestos a los vigentes en el mundo civil».

2) *Normas de conflicto*. Figa (332) constata la diferencia entre colisiones: a) *interestatal de ordenamiento*, b) *intraestatal de ordenamientos*, c) *de fuentes de determinado ordenamiento*, y d) *de normas derivadas de una misma fuente*.

Los dos primeros grupos significan la existencia de ordenamientos diferentes y requieren «verdaderos sistemas de *normas de conflicto*», «en sentido técnico». El último se concreta a las *antinomias legales*. Y el tercero o de *prelación de fuentes*, cuando se producen diversos órdenes de prelación «es —dice—, por lo menos, indicio de que hay algo más, y más decisivo, que permite afirmar sin lugar a dudas la existencia de un ordenamiento jurídico».

3) *Normas de interpretación*. Apunta Figa (333) que los «sistemas de principios *informan* los respectivos ordenamientos», en terminología del artículo 1, 4, Código civil. Y, como hemos visto (334), los principios informativos que presiden la interpretación de su respectivo sistema son diversos en los derechos civiles especiales y forales, como específicamente declaran las compilaciones de Aragón, Baleares, Cataluña y Navarra e implícitamente resulta para la de Vizcaya y Alava.

(328) *Ibid.*, I, C, b, 1.

(329) Cfr. *supra*, 16.

(330) MANUEL ALONSO OLEA, *Las fuentes del Derecho. En especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, VIII, págs. 103 y ss. y IX, C. a, a', págs. 120 y ss.

(331) FIGA FAURA, *op. cit.*, III.

(332) *Ibid.*, I, C, b, 2.

(333) *Ibid.*, I, C, b, 3.

(334) Cfr. *supra*, 16.

«En todo caso —concluye Figa— la pluralidad de criterios interpretativos es consecuencia natural de la pluralidad intraestatal de ordenamientos no compatibles y supone la aplicación de tales criterios a la *totalidad* de las normas constitutivas del ordenamiento, del ordenamiento respectivo *cualquiera que sea su procedencia*».

4) *Normas de cambio*, es decir, determinantes de «las personas y órganos legitimados para formular y promulgar válidamente normas "nuevas" y para derogar las "antiguas"». Figa (335), en este punto, cree que «no puede extrañarse», «que una pluralidad de ordenamientos sea perfectamente compatible con la existencia de un único poder legislativo»; ni tampoco que «la existencia de órdenes sociales espontáneos geográfica o funcionalmente diferenciados postulen unas normas de cambio específicas —sobre todo cuando dispusieron de ellas en el pasado, antes de su absorción y desaparición en aras de un mal entendido estatalismo o centralismo».

Aquí surge otra cuestión, que no escapa a Figa, el peligro de que el órgano legislativo, «en su omnipotencia, se empeñe en *construir* ordenamientos que sólo pueden surgir de la espontaneidad social y en modo alguno de una política gubernativa, es decir, partidista. Tentación en la que no cayeron nuestros legisladores del siglo XIX, como puede comprobarse leyendo el Real Decreto de 6 de octubre de 1888 por el que se manda publicar el Código civil».

Ahora bien, el peligro, general para el derecho privado, que Figa advierte en «el órgano legislativo supremo», no desaparece en los órganos legislativos de las regiones forales, en especial si son elegidos por sufragio entre las candidaturas propuestas por los partidos políticos. Los ordenamientos espontáneos pueden ser ahogados por uno u otro órgano legislativo.

El tema tiene mayor hondura, que recoge Puig Brutau (336), de Roscoe Pound, los Mazeaud, Zeiler, Philipp Heck, Benjamín Cardozo, F. W. Eggleston, y está relacionado con el planteamiento que, con perspectiva histórica, habíamos planteado hace ya años acerca del legislar como *legere, velle, agere o facere* (337).

«El Estado moderno —dice Puig Brutau—, en todas sus pretensiones de monopolizar la creación del derecho, no pueden ocultar el hecho indiscutible de su escasa vocación y competencia para regular el derecho civil en sus grandes líneas de conjunto y en sus aspectos más fundamentales». Pero, ese defecto es extensivo a cualquier órgano legislativo de análoga contextura de los que ostentan el poder legislativo estatal.

5) *Normas de adjudicación*, o sea, «las que organizan y fijan las funciones de los órganos jurisdiccionales».

(335) *Ibid.*, I, C. b, 4.

(336) JOSÉ PUIG BRUTAU, *Introducción al Derecho Civil*, cap. IV, 4.^a, Barcelona, Bosch, Casa Ed., 1981, págs. 189 y ss.

(337) *Del legislar como "legere" al legislar como "facere"*, loc. cit., *supra*, nota 193 y *Los juristas ante las fuentes y los fines del Derecho*, loc. cit., *supra*, nota 122.

En ese punto, subraya Figa (338) la «caótica situación actual, consecuente de la colisión de dos ideas incompatibles».

Una, que «si hay varios ordenamientos jurídicos y si esta pluralidad intraestatal tiene su origen en una pluralidad de sistemas de principios generales de convivencia, la comprensión, interpretación y aplicación de sus respectivas normativas debe ser hecha —si se quiere captar su estructura fina— por personas inmersas, insertas en el grupo social regido por ellas e imbuidas de aquellos principios».

Otra, que «la idea de la norma como fórmula de contenido exacto, preciso —es decir, como fórmula matemática—, susceptible de ser correctamente entendida, interpretada y aplicada por cualquier jurista, cualquiera que sea su procedencia jurídica o geográfica» ... «lleva al nomadismo judicial que, al albur de múltiples circunstancias, puede llevar a un magistrado de una Sala de lo civil a otra de lo contencioso-administrativo o de lo penal, o de una región de derecho civil común a otra de derecho foral».

Esto explica por qué «hay en la actualidad ordenamientos que claman por el establecimiento de unos órganos jurisdiccionales propios, hoy inexistentes».

Enfocando el derecho mercantil, recuerda Figa Faura (339): «Tuvo su origen y desenvolvimiento en el seno del estamento comercial que creó su propia normativa, un peculiar sistema interpretativo —la equidad mercantil— y unos órganos jurisdiccionales propios —los Tribunales de comercio—, obedeciendo todo ello a una tabla de valores y a unos principios radicalmente opuestos a los vigentes en el mundo civil». Durante siglos, su ordenamiento propio «no tenía otro contacto en el ordenamiento estatal que la garantía dada por éste a las decisiones de los Tribunales de comercio». Pero, desde el siglo XVII, «las cosas empiezan a torcerse: la sumisión de los Tribunales de comercio al poder Real, la codificación colbertina, la paulatina desaparición de la equidad, ahogada por el imperio de la ley escrita, las codificaciones ochocentistas, la supresión de los Tribunales de comercio, la progresiva y forzada mercantilización del ordenamiento civil; todo ello con el pretexto del bien público y apoyado en la confusión doctrinal, ha llevado a la situación actual de un ordenamiento civil; todo ello con el pretexto del bien público y apoyado en la confusión doctrinal, ha llevado a la situación actual de un ordenamiento que si ha sido bárbaramente mutilado, conserva, sin embargo, sus elementos esenciales: un conjunto de normas escritas, unos usos propios —es decir—, una normativa derivada de unos principios generales característicos— y un sistema de normas de conflicto». Todo lo cual, a juicio del propio Figa, le califica de «ordenamiento» y postula «el restablecimiento de aquellos elementos de que, sin razón suficiente, ha sido privado». Estima reforzada esta conclusión al considerar «como índice de un vacío temporal»: «los pobres resultados alcanzados por la "absorción" hasta ahora producida y la situación es-

(338) FIGA FAURA, *op. cit.*, I, C. b. 5.

(339) *Ibid.*, III.

casamente envidiable en que, como consecuencia de ella, se encuentran los grupos sociales interesados».

Y concluye con la advertencia de que la absorción de un ordenamiento por otro: lleva «a la aniquilación de uno de los dos, con el consiguiente sacrificio del grupo social al que servía y de sus fines, o a la creación de un ordenamiento híbrido, inservible o gravemente perjudicial para ambos grupos».

Ruego, a mi admirado y querido amigo Luis Figa, que me perdone si digo —naturalmente en un sentido para mí encomiástico— que sus razonamientos centrales se mueven en la esfera del deber ser, independientemente de su positividad no sólo impuesta sino seguida por la común opinión e incluso, en ciertos aspectos, de lo vivido como consecuencia de las confusiones positivas. Se pronuncia por un deber ser, indudablemente no fundado ideológicamente, ni elaborado con caldo de cabeza, sino apoyado en datos reales que, a través de la experiencia histórica y actual de lo vivido y de los vacíos sentidos, muestran que existe un orden asequible a nuestra inteligencia en parte, por lo menos si empleamos la propia experiencia, con el conocimiento de la históricamente acumulada y su análisis racional con vistas al bien común.

Precisamente, este análisis le facilita su respuesta (340) a la pensable objeción de que su «modo de ver las cosas va en contra del sentido de la historia, presuponiéndose con ello que la absorción parcial del ordenamiento mercantil hasta ahora producida, no es más que una etapa en el camino que lleva ineluctablemente a su absorción total». Las razones, basadas en las consecuencias producidas, le impulsan a contestar: «se puede conseguir que todos los gatos sean pardos siempre que se acepte el hecho de quedar a oscuras». Es decir, siempre que hagamos de la razón, identificada al movimiento de la historia, «la noche negra donde todas las vacas son negras», según la repetida expresión, aplicada por Sciacca (341) a la concepción hegeliana que identifica lo racional y lo real.

XII

CONCLUSIONES

32. Para resumir los resultados, a los que las observaciones de la panorámica oteada nos ha permitido acceder, nos parece más conveniente invertir el orden seguido, y recorrerla, en sentido inverso, comenzando por el concepto más general, y pretendidamente omnicompreensivo, de ordenamiento jurídico, para descender después al de las fuentes del derecho y a su aplicación.

(340) *Ibid.*, loc. últ. cit.

(341) MICHELE FEDERICO SCIACCA, *Reflexiones "inactuales sobre el historicismo hegeliano"*, Madrid, Fundación Universitaria Española, 1975, pág. 17.

A) Es patente y constante la pugna por extender el concepto de ordenamiento jurídico, elaborado por el positivismo, y por abrirle ventanas, a fin de que entren el aire y la luz. Pero, para analizar ese afán por escapar de la estrechez y cerrazón que asfixia, debemos analizar las causas de éstas.

Para tal análisis nos ayudará la sintética distinción mostrada por nuestro querido maestro el profesor De Castro, que antes hemos referido (342), de su múltiple enfoque como «conjunto total de mandatos», como «construcción teórica instrumental» y «realidad de la reglamentación organizadora».

Esta última, si la ceñimos sólo a lo social o reducimos su ordenación jurídica a lo positivamente organizado o vivido, olvidando la finalidad de la regulación justa y útil para el bien común, la convertimos en esa «noche negra donde todas las vacas son negras» y en cuya oscuridad «todos los gatos se ven pardos». Negrura, de la que no nos libran las ventanas que sólo dan paso a los espejismos de las utopías, la confusión de las ideologías o la nebulosidad del piélago de los valores, con su tópica irresoluble si no es ideológicamente. Es preciso abrirlo a la plena luz del sol que ilumine la realidad entera, con su axiología pero también su teleología, en una perspectiva ontológica que, en lo posible, alcancemos; pensando —como recuerda el propio Castro Bravo— que se halla en la *ordinatio* «la función básica del derecho» y que «las normas jurídicas tienen que ser juzgadas no en su consideración aislada, sino en conjunto, como indicara Santo Tomás, por su origen, materia y fin, por su resultado total en la realidad». Con lo cual, excedemos y superamos los estrechos límites inmanentes de cualquier positivismo.

La primera perspectiva, más modesta, ceñida al *Diccionario* y al significado histórico de la palabra, como «conjunto total de mandatos» de un determinado derecho positivo, y, específicamente, en una de sus ramas; puede mantener su utilidad si la contemplamos inmersa en el *ordo* trascendente que podemos divisar. En otro caso, formamos un *totum revolutum* estéril, campo de toda clase de ejercicios de circo mentales, frente al cual hemos visto operar los intentos de apertura a favor del concepto pluralista de los ordenamientos jurídicos.

La segunda perspectiva, la de esos varios intentos de «construcción teórica instrumental» (hemos observado los de Kelsen, Santi Romano, Hart y Bobbio), es inútil en su conjunto —aparte de que se hayan alcanzado ciertos logros parciales en la clasificación instrumental de las normas, aunque resulte a costa de olvidar lo más esencial de su contenido material—, en cuanto se ha tratado de dotarla de plenitud y autosuficiencia, sólo abierta por Bobbio (343) para «*rompere l'ordine (mediante un movimento rivoluzionario)*».

Ese intento de explicación genérica, total, «válida para todos los hombres, tiempos y lugares», tan pretenciosa como inefectiva e inútil,

(342) Cfr. *supra*, texto correspondiente a la nota 308.

(343) BOBBIO, *Il positivismo...*, cap. VII, 60, pág. 308.

como hemos visto demostrado por Luis Figa (344), lleva a que cada «constructor» trate además de levantar el edificio total, según su perspectiva parcial, que pretende totalizar. Así, como ha mostrado el propio Figa (345), «los iusprivatistas pretenden disponer de una teoría general aplicable a todo ordenamiento, no sólo existente sino pensable, en el que las peculiaridades "gubernativas" son olvidadas o tenidas por aberraciones que no merecen ninguna atención»; y «los iuspublicistas, también, creen disponer de una teoría general, igualmente aplicable a todo ordenamiento existente o pensable, en la que los ordenamientos espontáneos constituyen una pequeña anomalía destinada a desaparecer a corto plazo».

33. Nos hallamos ante fenómenos mentales con doble vertiente.

Una gnoseológica: la pretensión de abarcar, con sólo nuestra mente, la coherencia inabarcable, por ella, en su plenitud, en un solo esquema, detenido en un instante dado. Es un intento de sustituir la coherencia de la realidad —que se nos escapa— por nuestra propia coherencia mental que no refleja de aquélla sino la parte que captamos, disecándola. O bien, que se imagina lo que quisiera que fuese, desde el aprendiz a jurista que monta un fútbol mental con el concepto de una institución —en el que todas las jugadas le salen sobre el papel en que escribe su artículo..., pero fuera de la vida— hasta el profesor que monta un sistema en su cerebro o el genio, como Hegel, que explica la dialéctica de la Historia, hasta el triunfo en ella de la Idea en flagrante contradicción con sus presupuestos de que no existe sino *devenir* (346).

Otra *ontológica*, que se esfuma con la visión parcial pero totalizante, proyectada ante los actuales fenómenos de la masificación y la tecnificación, conexos y en cierto modo interdependiente, de los que nos hemos ocupado reiteradamente (347). Son fenómenos que no pueden olvidarse ni menospreciar, pero sin dejarse arrastrar por su corriente que pretende identificarse con aquélla «de la historia», tan ineluctable como ciega.

El derecho privado no puede encerrarse en un liberalismo filosófico ni en un liberalismo económico que, al dejar sin límites la autonomía

(344) Cfr. *supra*, 25, nota 269.

(345) FIGA FAURA, *op. cit.*, I, C. a, 3.

(346) Cfr. M. F. SCIACCA, *op. ult. cit.*, págs. 19 y s.

(347) Cfr. nuestros estudios, *Derecho y sociedad de masas*, en "Rev. Jur. de Cataluña", LXVI, enero-marzo 1967, págs. 7 y ss., y *Sociedad de masas y Derecho*, Madrid, Taurus, 1969, *El hombre en la sociedad de masas*, en VERBO, 159-160, noviembre-diciembre 1977, págs. 1383 y siguientes, *Ideología, praxis y mito de la tecnocracia*, Madrid, Escelicer, 1971, y ampliado, Madrid, Montecorvo, 1975; *La tecnocracia* (Conferencia en la Interfacultad de Guarulhos, Sao Paulo, en la presentación de la 2.ª ed. en portugués de la op. ult. cit.), en VERBO, 158, septiembre-octubre 1977, págs. 1153 y ss.; y la trilogía de conferencias *Teocracia y tecnocracia. La tecnocracias sus objetivos unidimensionales y Tecnocracia, totalitarismo y sociedad de masas*, la primera expuesta en la Facultad Libre de Derecho de Méjico el 17 marzo 1981 y al día siguiente en la Universidad Popular Autónoma de Puebla, y las otras dos desarrolladas en sendos simposios, en San Antonio de Texas, entre los días 12-14 y 15-17 del mismo mes, todas pendientes de publicación.

de la voluntad, entregue los débiles a los abusos de los fuertes —hoy las grandes empresas multinacionales, estatales o nacional-monopolísticas, públicas, semi públicas o privadas—. Es el fenómeno que Federico de Castro (348) ha mostrado reiteradamente. Corresponde a la función primordial que las leyes imperativas deben tener en el ámbito del derecho privado. Limitar, en aras del bien común, cuando el orden público latamente entendido lo exija, aquella autonomía; pero sin crear ortopedias administrativas. Fue la principal tarea de las constituciones generales o leyes paccionadas del Principado de Cataluña para contrarrestar y abrogar las costumbres que propiamente no eran sino abusos basados en la prepotencia de los poderosos —ya fueren feudales o funcionarios de la administración real o de la justicia (349).

Pero tampoco el derecho privado, si queremos salvarnos del totalitarismo más absoluto imaginable, puede dejarse arrastrar, por la otra vertiente, hacia su absorción por el derecho público (350).

Es hoy una evidencia —advertimos hace años (351)— que en todos los países no comunistados conviven, en diversa proporción, de una parte, una sociedad integrada por familias con el soporte material de la propiedad, la previsión y el ahorro, con el impulso de la iniciativa y la responsabilidad de su jefe, y, de otra parte, una masa amorfa de población, tutelada por el Estado, con el porvenir sólo cubierto por los seguros estatales obligatorios que tienden a liberarla de todo riesgo y de toda responsabilidad patrimonial.

La protección de estas masas obedece inicialmente a una necesidad social y a una clara razón de justicia. Su proletarización, su pauperismo, su desarraigo requieren, sin duda, tutela. Y esa tutela se la brinda el Estado moderno —ya sea bien o mal orientada—, mediante el derecho laboral, con su organización de la seguridad social, con la democratización de la enseñanza, con la llamada redistribución de la renta nacional, la política del pleno empleo, las viviendas de protección estatal, etc., y, en suma, con la dirección y planificación de la economía.

(348) FEDERICO DE CASTRO BRAVO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia, 1961, o Madrid, Civitas, 1975, *Formación y deformación del concepto de persona jurídica*, en "Estudios Jurídicos Varios" conmemorativos del Centenario de la Ley del Notariado, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1964, págs. 7 y ss., y un trabajo en elaboración sobre la evolución del concepto de orden público en relación con la autonomía de la voluntad.

(349) Cfr. nuestros estudios *Incidencia práctica del "pactisme" en la teoría de las fuentes del Derecho*, 9, en *Anales de la R. Ac. de Jurisprudencia*, 6, 1978, págs. 29 y ss.; *Valor jurídico de las leyes paccionadas en Cataluña*, III, 13, en "El pactismo en la historia de España", cit., págs. 102 y s., y *Cotejo con la escuela histórica de Savigny*, III, 17, en "Rev. Jur. Cat.", LXXIX, 1980, 1, pág. 18.

(350) Cfr. GEORGES RIPERT, *Le déclin du droit*, 11.^a ed., cit., página 39, y RENÉ SAVATIER, *Du droit civil en droit public*, cap. I, 2.^a ed., París, Libr. Gral de Droit et Jurisprudence 1950, págs. 6 y s.

(351) Cfr. *Derecho y sociedad de masas*, 24, R.J.C., cit., págs. 34 y ss., y *Sociedad de masas y Derecho*, II, cap. I, 58, págs. 237 y ss.

Ahora bien, esa protección puede presentar muy notable diversidad de orientaciones y alcanzar niveles distintos.

Puede mantener un *statu quo* entre esos dos grupos de población e, incluso, favorecer la desmasificación del sector protegido, difundiendo entre sus miembros la propiedad, promoviendo su sentido de la responsabilidad, la previsión y el ahorro.

Pero también puede ampliar y fomentar la masificación. La protección a la masa cuesta cara y el Estado no puede dar más de lo que recibe, y en su esfuerzo por distribuir más puede, precisamente, extender la masificación.

La buena orientación no nos ofrece duda, es la de proteger, pero no a precio de incrementar la masificación, ni de congelar la desmasificación, que ha de ser, en definitiva, la verdadera meta.

34. Desmontado el concepto positivista de ordenamiento jurídico, como artefacto cerrado y pretendidamente autosuficiente, disponemos de luz para contemplar las denominadas fuentes del derecho.

B) Las *fuentes del derecho* las hemos observado, a través de la utilización de esta expresión, en el decurso de la historia del derecho: como *metáfora* explicativa de su *fundamento*, ya sea en el orden justo, o bien en el *appetitus societatis* y en el pacto; o como denominación genérica dada a los *hechos originadores de normas jurídicas*.

Ambos significados son correctos en sus respectivos contextos, sin sacarlos de aquél en el que respectivamente se la contempla.

El primero, contrapone dos posiciones incompatibles: la del derecho natural clásico, realista que busca, en lo abarcable, el orden ontológico de la naturaleza, sin desdeñar lo *verosimilia*, según los datos siempre revisables del sentido común y el juicio de la prudencia; y, de otra parte, las del derecho natural de la Ilustración, idealista y racionalista, aplicable a todos los hombres, tiempos y lugares, y las del derecho construido por el contrato social, que ha conducido al positivismo y al monopolio estatal del derecho, y, al final, como reacción al irracionalismo, la utopía y el nihilismo (352).

El segundo significado es también correcto, con tres salvedades principales:

Primera, que no se agote con el positivismo. Es decir, que no se impongan como autosuficientes las normas de derecho positivo con sus principios inmanentes, ya sea dimanantes de su normativa, de su sistema o de su ordenamiento positivo, o bien sociológicamente dominantes. Ni tampoco se pierdan en el irracionalismo de una decisión judicial libre, intuitiva o fundada en la ideología dominante en el momento histórico vivido, sin otras perspectivas ni reglas.

Segunda, que no se agote su panorámica en el estancamiento que recoge el derecho, como conjunto de normas, sino que abarque, en su pers-

(352) Cfr. nuestra respuesta *Del racionalismo inmanente al voluntarismo utópico y, de su fracaso, al nihilismo*, VI, en *Filosofía Oggi*, III-IV, octubre-diciembre 1980, págs. 531 y ss., o en *VERBO*, 191-192, enero-febrero 1981, págs. 236 y ss.

pectiva, su finalidad de irrigar para enriquecer la vida social. Específicamente, para el hallazgo de lo justo concreto, es decir, del derecho como *obiectum iustitiae*, en cada caso, a fin de determinar *quod iustum est*.

Tercera, que en esa función decisiva no se vean sus reglas como simples premisas mayores de silogismos, mecánicamente resolubles por la lógica normal, matemática y abstracta. Su imagen ha de ser la de los mojones que guían, que ayudan al jurista en la búsqueda, en cada caso, de la solución justa que escapa a todo raciocinio maquinal y al sentido unidimensional de estos. Pues requiere confrontación, ponderación, en una perspectiva amplia que no pierda la visión plena ni los detalles concretos, específicos del caso contemplado, sometido a consulta, dictamen o juicio. Mojones que, a veces, serán faros luminosos que guíen y otras veces obstáculos que habrá que salvar, con la orientación de otros hitos más adecuados, esclarecedores del buen camino, para la solución justa, perseguida con la mayor y mejor entrega.

El nuevo sistema matrimonial español

JUAN B. JORDANO BAREA,

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. Concepto de «sistema matrimonial». 2. El art. 32 de la Constitución: rechazo del sistema de matrimonio aformal; imposibilidad constitucional tanto del sistema de matrimonio exclusivamente religioso como del sistema de matrimonio canónico con forma civil subsidiaria. 3. Admisibilidad del matrimonio civil obligatorio. 4. *Idem* del sistema facultativo, en sus dos modalidades principales: A) Sistema facultativo de tipo latino. Interpretación en este sentido del Acuerdo con la Santa Sede de 3 enero 1979. Obstáculos en contra de esta interpretación: 1.º Unidad del ordenamiento jurídico, en su doble aspecto de a) unidad de ley y b) unidad de jurisdicción. 2.º Principio de igualdad ante la ley. B) Sistema facultativo de tipo anglosajón. Caracterización general. Adopción de este sistema matrimonial por la Ley de reforma del Código civil, partiendo de una interpretación minimalista del Acuerdo con la Santa Sede por parte del Estado español, autolimitado constitucionalmente por el principio de unidad del ordenamiento jurídico. 5. Las dos «cribas» o «filtros» del nuevo sistema matrimonial español: 1) Control de legalidad originaria o *a priori*. 2) Control de legalidad subsiguiente o *a posteriori*. 6. Significado y alcance de la declaración de ajuste al Derecho del Estado: 1) juicio de revisión en cuanto al fondo; 2) calificación de ajuste meramente formal o secundario; 3) *exequatur* en sentido técnico; 4) homologación material o control de legalidad. 7. Supuestos ilustrativos: 1) Casos de nulidad de matrimonio canónico por impedimentos dirimentes no reconocidos por la reforma del Código civil. 2) Simulación matrimonial: A) La llamada «simulación parcial». B) La «simulación total». 3) Reserva mental. 4) Dispensa *super rato*. 8. Conclusión: sistema de unidad de clase o forma-tipo legal (estatal) y pluralidad de meras formalidades (civiles y religiosas). Forma y sustancia matrimonial: necesaria adecuación entre una y otra.

1.—Por sistema matrimonial se entiende, comunmente, el criterio adoptado en cada ordenamiento respecto de la forma o formas de matrimonio civilmente eficaces (1).

(1) Sin embargo, hay autores que enfocan el sistema matrimonial desde el punto de vista del matrimonio religioso y de la válida y eficaz celebración civil del mismo, aun contemplado negativamente, como ocurre cuando se implanta el matrimonio civil obligatorio (cfr. Angel M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Refor-*

Conviene retener la idea de que todo sistema matrimonial supone cribar, cernir o filtrar cuáles matrimonios producirán efectos civiles y cuáles no. Pues criterio es igual a discernimiento, lo que conlleva la existencia de una especie de *criba*, *cedazo* o *filtro* de las uniones matrimoniales que han de tener eficacia o relevancia jurídica en el ordenamiento jurídico civil de que se trate.

En el caso de nuestro Ordenamiento, el sistema matrimonial es el criterio fijado por la ley española para reconocer efectos civiles a los matrimonios contraídos por los ciudadanos españoles y determinante asimismo de la reglamentación jurídica aplicable a las citadas uniones (2).

Prescindiendo de la historia del sistema matrimonial español, ya exhaustivamente estudiada por la doctrina (3), vamos a limitarnos al análisis del sistema instaurado por la Ley de 7 de julio de 1981 («Boletín Oficial del Estado» del 20 siguiente), que modifica el Título IV del Libro I del Código civil.

2.—El punto de arranque del nuevo sistema matrimonial español está en el artículo 32 de la Constitución de 1978:

«1. El hombre y la mujer —dispone— tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos».

Al decir el texto constitucional que la ley regulará las *formas* de matrimonio ello implica, ante todo, el rechazo del sistema de matrimonio aformal o de libertad de formas. Pero asimismo resulta imposi-

ma y criptorreforma del sistema matrimonial español, en RGLJ, septiembre 1977, págs. 229 y sigs.) o desde el ángulo visual del matrimonio civil: vid. GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, págs. 1-2; e Iván C. IBÁN, *Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870-1978)*, en ADC, t. XXXII (1979), págs. 84-85; íd., *Sistemas matrimoniales*, en «Ius canonicum», julio-diciembre 1977, páginas 213 y sigs.

(2) Cfr. FUENMAYOR, *El marco del nuevo sistema matrimonial español*, en RGLJ, septiembre 1979, págs. 266 y sigs.

(3) Últimamente, vid. ALONSO PÉREZ, *Acerca del matrimonio civil*, en RDP, febrero 1978, págs. 27 y sigs.; IBAN, op. et loc. cit. en primer lugar, páginas 83 y sigs.; íd., *Calificación jurisprudencial del sistema matrimonial español (1938-1978)*, en ADC, t. XXXIV (1981), págs. 259 y sigs.; CARRIÓN, *Historia y futuro del matrimonio civil en España*, Madrid, 1977; íd., *Notas sobre la evolución del sistema matrimonial español*, en ADC, t. XXXII (1979), páginas 395 y sigs. Es fundamental el estudio de FUENMAYOR, *El sistema matrimonial español (Comentario al artículo 42 del Código civil)*, Madrid, 1959. Vid., también, DE LA HERA, *Matrimonio civil y revisión del Concordato (Cuestiones en torno al artículo 42 del Código civil)*, en ADC, t. XXVIII (1975), páginas 644 y sigs.; PORTERO SÁNCHEZ, *Régimen matrimonial español y Concordato*, en el vol. «La institución concordataria en la actualidad», Salamanca, 1971, págs. 511 y sig.; íd., *Matrimonio civil en España. Pasado, presente y futuro*, en «Razón y Fe», diciembre 1973, págs. 369 y sigs.; FUENMAYOR y SANCHEZ REBULLIDA, *Comentarios al Código civil* (coordinados por ALBALADEJO), vol. II (arts. 42 a 107), Madrid, 1978, págs. 9 y sigs.; y allí más referencias bibliográficas.

ble, según la nueva Constitución española, tanto el sistema de matrimonio exclusivamente religioso —que estuvo vigente entre nosotros durante muchos siglos, incluso con anterioridad al Concilio de Trento, hasta la primera Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870 (4)—, como el sistema de matrimonio canónico con forma civil subsidiaria o supletoria, instaurado por el artículo 42 del Código civil en su formulación originaria, al desarrollar la Base 3.^a de la Ley de 11 de mayo de 1888.

Los principios de igualdad ante la ley, libertad religiosa y no confesionalidad del Estado (5) impiden ambos sistemas, propios de un Estado confesional ya periclitado.

3.—En cambio, parece —al menos *prima facie*— que el sistema de matrimonio civil obligatorio o necesario sería constitucionalmente admisible (6), pues el plural «formas de matrimonio» del artículo 32 de la Ley fundamental cabe referirlo al matrimonio civil ordinario, al de los españoles fuera de España con arreglo a la forma establecida por la *lex loci*, al contraído ante funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero, al autorizado *in articulo mortis*, al celebrado por poder y al secreto.

En contra, no cabría alegar la aplicación analógica —*ex art. 4, párrafo 1.º, C. c.*— de la llamada «objeción de conciencia» (arts. 30, párrafo 2.º, y 53, párrafo 2.º, Const.) (7). En primer lugar, porque se

(4) Sobre ésta, vid. OLLERO TASSARA (Andrés), *El debate de la Ley de matrimonio civil de 1870*, en RGLJ, febrero 1981, págs. 133 y sigs., con interesantes reflexiones para el momento actual sobre el proceso de «secularización igualitaria» del matrimonio y su «secularización pluralista», que no es otra cosa que la posibilidad de respetar el pluralismo ideológico y religioso.

(5) Según el artículo 1.º, 1, de la Constitución, la *igualdad* (real y formal) es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico de España. A tenor del párrafo 2.º del artículo 9, «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la *igualdad del individuo y de los grupos* en que se integra *sean reales y efectivas*; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud...». El artículo 14, por su parte, recoge el principio de igualdad *formal* ante la ley, diciendo que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». El artículo 16, finalmente, dispone: «1. *Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y comunidades* sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. 3. *Ninguna confesión tendrá carácter estatal*. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones».

(6) Así opina también Díez-PICAZO (*El sistema matrimonial y los acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español*, separata del «Curso de Derecho Matrimonial y Procesal canónico», IV, Salamanca, 1980, págs. 27), quien sólo excluye un sistema de matrimonio civil obligatorio en base al Acuerdo con la Santa Sede para Asuntos Jurídicos, pero no en base a la Constitución.

(7) Establece el primero que «la ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia,

trata de una ley excepcional no susceptible, como tal, de analogía (artículo 4, párrafo 2.º, C. c.) (8). Y, en segundo lugar, porque la objeción de conciencia se refiere al aspecto *negativo* de la libertad religiosa (no ser constreñido a un comportamiento externo muy concreto —llevar o usar armas— contrario a las ideas y creencias religiosas del individuo), mientras que la Ley de Libertad Religiosa de 5 de julio de 1980, garantiza suficientemente en su artículo 2.º la inmunidad de coacción ínsita al derecho de toda persona a celebrar sus ritos religiosos matrimoniales (aspecto *positivo*), antes o después del matrimonio civil. Por lo demás, la posición pastoral de la Iglesia Católica ante el matrimonio civil necesario u obligatorio, en los países en que existe, es contundente: se aconseja a los contrayentes formalizarlo para alcanzar la eficacia civil de su unión sacramental, que en todo caso habrá de preceder a aquél.

4.—De acuerdo con el texto constitucional (art. 32) es clara la admisibilidad del sistema matrimonial facultativo o electivo, en sus dos modalidades principales:

A) *Sistema facultativo de tipo latino (también llamado «católico»)*

En realidad es un sistema *alternativo* entre el matrimonio canónico católico y el matrimonio civil, cuando no se combina con el sistema facultativo de tipo anglosajón, constituyendo entonces un sistema *mixto* de ambos.

En el sistema facultativo de tipo latino el matrimonio canónico es una forma-tipo legal que arrastra tras de sí la consiguiente normación o disciplina canónica, totalmente (como ocurre en Colombia) o al menos parcialmente, excluidas las causas y procesos de separación y divorcio o «cesación de efectos civiles del matrimonio» (cual acontece en Portugal e Italia).

En España habría cabido una interpretación y desarrollo legislativo semejante al modelo colombiano o, por lo menos, al italiano del «Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos» entre la Santa Sede y el Estado español, de 3 de enero de 1979 (9).

así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria». Según el párrafo 2.º del artículo 53, *in fine*, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

(8) En todo caso, faltarían los requisitos de la aplicación analógica: similitud entre el supuesto específico contemplado y el no contemplado en la norma e identidad de *ratio*, que aquí faltarían como se razona a continuación en el texto.

(9) Vid. FUENMAYOR, *El marco...*, cit., págs. 261 y sigs.; NAVARRO VALLS, *Los efectos civiles del matrimonio canónico en el Acuerdo sobre asuntos jurídicos de 1979 entre la Santa Sede y el Estado español*, en RDP, 1979, páginas 217 y sigs. id., *El sistema matrimonial español y la Constitución de 1978*, en el vol. «El hecho religioso y la nueva Constitución», Salamanca, 1979, págs. 138 y sigs.; LÓPEZ ALARCÓN, *El matrimonio concordatario en el actual proceso legislativo español*, en «Ius canonicum», enero-junio 1978, pá-

El Preámbulo de este Acuerdo se expresa así: «La Santa Sede y el Gobierno español, *prosiguiendo la revisión del Concordato vigente entre las dos partes*, comenzada con el Acuerdo firmado el 28 de julio de 1976, cuyos instrumentos de ratificación fueron intercambiados el 20 de agosto del mismo año, *concluyen el siguiente Acuerdo*».

Parece, pues, indudable su carácter de *norma concordataria* que vincula al Estado español y a la Santa Sede.

El texto del artículo I es el siguiente: «El Estado español reconoce a la Iglesia Católica el derecho de ejercer su misión apostólica y le garantiza el libre y público ejercicio de las *actividades que le son propias y en especial las de culto, jurisdicción y magisterio*».

«Actividad de jurisdicción» es aquí lo mismo que «potestad de jurisdicción» en el sentido canónico de esta expresión, que abarca tanto la potestad legislativa como la de gobierno o administración, junto a la jurisdiccional en sentido estricto, ya que en la Iglesia Católica no existe la clásica separación de poderes ideada por Montesquieu, sino que todos ellos están concentrados en el Romano Pontífice, si bien con diversidad de funciones.

El importante artículo VI dice así:

«1. El Estado reconoce los efectos civiles al *matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico*.

Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria la inscripción en el Registro Civil, que se practicará con la simple presentación de *certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio*.

2. Los contrayentes, *a tenor de las disposiciones del Derecho canónico*, podrán acudir a los Tribunales eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado. A solicitud de cualquiera de las partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal civil competente.

3. La Santa Sede reafirma el valor permanente de su doctrina sobre el matrimonio y recuerda a quienes celebren matrimonio canónico la obligación grave que asumen de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y, en especial, a respetar sus propiedades esenciales».

ginas 55 y sigs. *id.*, *Sistema matrimonial concordado. Celebración y efectos*, en el vol. colectivo «Los acuerdos entre la Iglesia y España», Madrid, 1980, páginas 305 y sigs.; *id.*, *El matrimonio canónico en el proyecto de reforma del Título IV del Libro I del Código civil*, en RDP, septiembre 1980, páginas 883 y sigs.; GONZÁLEZ DEL VALLE, *El sistema matrimonial español. Situación actual y perspectivas de reforma*, en ADC, t. XXXI (1978), págs. 73 y siguientes; SANCHO REBULLIDA, *El matrimonio canónico en el sistema matrimonial español*, en «Ius canonicum», julio-diciembre 1980, págs. 3 y sigs., esp. página 17, de la ed. separada; LALAGUNA, *La nulidad del matrimonio después de la Constitución*, en RGLJ, julio-agosto 1979, págs. 22 y sigs. de la ed. separada; DÍAZ MORENO, *Sobre el futuro del matrimonio canónico en España*, en «Razón y Fe», noviembre 1979, pág. 293.

Esta última admonición pastoral de la Iglesia a sus fieles, en prevención de una futura ley civil de divorcio, evoca el Protocolo de 15 de febrero de 1975 por el que se modificó el artículo XXIV del Concordato portugués de 7 de mayo de 1940 (10).

Se contienen en ese fundamental artículo VI del Acuerdo español con la Santa Sede proposiciones de las que cabría deducir, si se pone en relación con el artículo I, que tal Acuerdo no parece se limite a reconocer la *celebración en formalidad canónica de un matrimonio civil*, sino más bien a *reconocer efectos civiles al matrimonio canónico*, autónomo en un doble sentido: a) en cuanto regido por normas propias distintas de las que regulan el matrimonio civil; y b) en cuanto sometido, si bien no exclusivamente, a una jurisdicción eclesiástica, diferente de la estatal, por lo que se refiere al conocimiento de las causas sobre su validez o nulidad.

Si el objeto del Acuerdo hubiera sido *reconocer efectos civiles a la mera formalidad de celebración*, carecería de sentido que para la atribución de los efectos civiles se exija una «certificación eclesiástica de la *existencia* del matrimonio» (11). Pues, ¿cómo iba a certificar la Iglesia de una existencia matrimonial que no dependiese de su Derecho, sino del civil? (12).

Obsérvese, en fin, que las expresiones subrayadas por nosotros en el transcrito artículo VI, 1 y 2, del Acuerdo están tomadas literalmente del antiguo Concordato de 1953 (art. XXIII), donde sin duda alguna el matrimonio canónico gozaba de autonomía normativa. Para la interpretación del Acuerdo tienen asimismo interés el artículo VIII, por cuanto deroga, entre otros, los artículos XXIII y XXIV del Concordato de 1953; y, además, el Protocolo final en relación con el artículo VI, 1, del propio Acuerdo, a cuyo tenor «inmediatamente de celebrado el matrimonio canónico, el sacerdote ante el cual se celebró entregará a los esposos la *certificación eclesiástica* con los datos exigidos para su inscripción en el Registro Civil. Y, en todo caso, el párroco en cuyo territorio parroquial se celebró el matrimonio, en el plazo de cinco días, transmitirá al encargado del Registro Civil que corresponda el *acta del matrimonio canónico* para su oportuna inscripción, en el supuesto de que ésta no se haya efectuado ya a instancia de las partes interesadas. Corresponde al Estado regular la protección de los derechos que, en tanto el matrimonio no sea inscrito, se adquieran de buena fe por terceras personas».

(10) Dicho Protocolo se expresa en estos términos: «Al celebrar el matrimonio canónico, los cónyuges asumen por ello mismo ante la Iglesia el compromiso de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y, en particular, de respetar las propiedades esenciales. La Santa Sede, mientras reafirma la doctrina de la Iglesia Católica sobre la indisolubilidad del vínculo matrimonial, recuerda a los cónyuges que han contraído matrimonio canónico el grave deber que les incumbe de no valerse de la facultad civil de pedir el divorcio». Como precedente próximo en el espacio y en el tiempo, puede ayudar a la comprensión del párrafo anotado del Acuerdo español de 1979.

(11) FUENMAYOR, *El marco del nuevo sistema matrimonial español*, cit.

(12) SANCHEZ REBULLIDA, op. cit., pág. 13.

Del artículo VIII se puede deducir que las causas y procesos de separación ya no son de la competencia exclusiva de la Iglesia y pasan a la competencia del Estado (cual dispusieron antes de la Ley de Reforma del Código civil el Real Decreto-Ley de 29 de diciembre de 1979 y la Ley que lo ratificó, de 26 de diciembre de 1980), así como que la Iglesia ya no tiene competencia en materia de uso y aplicación del llamado privilegio paulino o de la fe, afectante a un matrimonio «legítimo» o meramente civil.

El Protocolo final en relación con el artículo VI, 1, establece una doble vía *cumulativa* (certificación eclesiástica de la celebración del matrimonio canónico y acta del mismo) para la inscripción en el Registro Civil, pareciendo presuponer las dos una válida celebración del matrimonio según las normas canónicas que lo regulan.

Los partidarios de interpretar el Acuerdo siguiendo el modelo o tipo latino refuerzan su interpretación diciendo que tal Acuerdo, así entendido, forma parte del ordenamiento interno una vez publicado oficialmente en España (arg. *ex arts.* 96, 1, Const. y 1.º, 5, C. c.).

Sin embargo, el Acuerdo no tiene el valor jurídico de un tratado internacional, sino más bien el de un «compromiso» que obliga al Estado a un desarrollo legislativo ulterior, como ya ocurrió con el Concordato de 1953, el cual precisó para su aplicación normativa directa en España de la Ley de Reforma del Código civil, de 24 de abril de 1958. Y la nueva Ley de Libertad Religiosa, de 5 de julio de 1980, exige en su artículo 1.º una ley interna para la regulación de las relaciones de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas. De lo contrario, si en el caso aislado de la Iglesia Católica bastara un Acuerdo por tener ésta personalidad jurídica internacional, habría discriminación entre ella y las restantes confesiones, cosa que veda la Constitución (arts. 1-1.º, 9-2.º, 14 y 16-3.º).

En contra de una interpretación del Acuerdo con la Santa Sede, según el modelo o tipo latino, se han aducido los siguientes graves obstáculos (13):

- 1.º *Unidad del Ordenamiento jurídico*, en su doble aspecto de:
 - a) *Unidad de ley*.

El artículo 32, párrafo 2.º, de la Constitución española contiene una «reserva de ley estatal» en materia de regulación sustancial del matrimonio.

Aunque no menciona las causas de nulidad matrimonial, hay que entenderlas incluidas junto a las causas de separación y disolución.

Así se desprende con meridiana claridad del artículo 149, párrafo 1, núm. 8.º, precepto constitucional que, dictado para determinar las competencias exclusivas del Estado frente a las de las Comunidades

(13) Los apunta ambos Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIROS (*El sistema matrimonial según la Constitución y los Acuerdos con la Santa Sede*, en ADC, t. XXXIII, 1980, págs. 575 y sigs.) y estudia con detenimiento el segundo de ellos Etelvina VALLADARES RASCÓN (*El principio de igualdad ante la ley y el sistema matrimonial*, en RDP, abril 1981, págs. 307 y sigs.).

Autónomas Territoriales (14), atribuye al primero, *en todo caso*, competencia en materia de legislación sobre «relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio»: no sólo sobre las formas en el sentido de *formalidades*, sino sobre todas las relaciones jurídicas de ellas derivadas y a las mismas atinentes, desde su válida y eficaz constitución y posterior desarrollo hasta su suspensión, cesación o extinción por cualquier causa.

Por tanto, se contemplan ahí las formas de matrimonio en tanto en cuanto que formas-tipos legales contenedoras de una completa regulación del mismo.

La «reserva de ley estatal» en esta materia es, pues, innegable.

b) *Unidad de jurisdicción*

A tenor del párrafo 3.º del artículo 117 de la Constitución, «el ejercicio de la potestad jurisdiccional *en todo tipo de procesos*, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde *exclusivamente* a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan». Y el párrafo 5.º del mismo precepto añade que «el *principio de unidad jurisdiccional* es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley —continúa— regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución». De suerte que únicamente se admite la jurisdicción militar como excepcional. La regla es la unidad jurisdiccional y la jurisdicción ordinaria, prohibiéndose los Tribunales de excepción (párrafo 6.º del mismo artículo).

Y el artículo 24 de la Ley fundamental española reafirma que «todos tienen derecho al *Juez ordinario* predeterminado por la ley».

2.º *Principio de igualdad ante la ley.*

Se trata de un principio fundamental de nuestra Constitución que aflora en muchos preceptos (arts. 1, párrafo 1.º, 9, párrafo 2.º, 14, 32, párrafo 1.º, 39, párrafo 2, y 139, párrafo 1). El último de ellos parece referirse a los derechos y obligaciones de Derecho público, toda vez que los Derechos forales o territoriales imponen ciertas diferenciaciones entre los españoles por lo que mira al Derecho privado, pero no en la materia que nos ocupa (cfr. art. 149, párrafo 1.º, núm. 8.º de la Constitución, y art. 13, párrafo 1, C. c.).

Ahora bien, frente al obstáculo esgrimido en primer lugar (unidad del Ordenamiento jurídico, en su doble vertiente de unidad de ley y unidad de jurisdicción) hay que tener en cuenta que el artículo 93 de la Constitución posibilita la atribución o cesión a una *organización supranacional* (como es la Iglesia Católica) del ejercicio de competencias derivadas de la misma Constitución: *competencia legislativa* (cual acon-

(14) Sobre el mismo, ampliamente, LASARTE ALVAREZ (Carlos), *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, Madrid, 1980.

tecía en el anterior artículo 75 Código civil, según fue redactado por Ley de 24 de abril de 1958) y *competencia jurisdiccional* (como en los anteriores arts. 80 y 82 C. c.), mediante ley orgánica (art. 81, párrafo 2.º, Const.), que exigiría para su aprobación la mayoría absoluta del Congreso; y ahí estaría su dificultad, por no decir imposibilidad de hecho, dada la actual correlación de fuerzas políticas con representación parlamentaria. De haber sido esto posible (15), se habría operado un reenvío en sentido material, en sentido formal o, tal vez, en sentido «análogo» al que se da en Derecho internacional privado (16).

Por lo que respecta al segundo obstáculo aducido (principio de igualdad ante la ley), hay que decir que tal principio significa igualdad en la libertad y no uniformidad legislativa. El principio de igualdad, considerado en su aspecto formal, no exige una legislación uniforme para todo el Estado. Más aún, el principio de igualdad real o efectiva exige, por el contrario, la desigualdad normativa, pues tiene que regular desigualmente situaciones también desiguales, y la justicia consiste en tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales. Lo que sí violaría el principio de que venimos tratando es tomar en cuenta situaciones iguales para regularlas desigualmente. En nombre de la igualdad no se debe dar y exigir a todos lo mismo, sino a cada uno lo *suyo*. Y lo *suyo* en nuestro caso sería respetar la autonomía de los matrimonios religiosos, cada uno de ellos con su propia significación y normativa (si la tienen, pues los más carecen de ésta), sin otro límite que el orden público protegido por la ley. Esto no significaría discriminación por razón de religión, desde el momento en que las distintas formas o clases de matrimonio serían libremente elegibles (17). Además, sería lo que mejor se compagina con el pluralismo ideológico y religioso, garantizado por la Constitución como uno de los valores superiores del ordenamiento (arts. 1.º-1 y 16-1).

Pero, en punto a la interpretación del Acuerdo, hay que tener en cuenta el artículo VII del mismo, según el cual «la Santa Sede y el Gobierno español procederán de común acuerdo en la resolución de las dudas o dificultades que pudieran surgir en la interpretación o apli-

(15) En contra, PEÑA, op. cit., pág. 577, nota 17, y VALLADARES, op. cit., pág. 315, para quienes si la ley estatal se remite a la normativa religiosa en esta materia, la constitucionalidad de tal remisión sería al menos dudosa.

(16) Vid. PORTERO SÁNCHEZ, *Matrimonios de españoles en el extranjero y de extranjeros en España*, en ADC, t. XIII (1960), págs. 501 y sigs., esp. pág. 507.

(17) VALLADARES (op. cit., pág. 318) entiende que, desde el punto de vista del principio de igualdad ante la ley, serían admisibles los siguientes sistemas matrimoniales:

1.º Sistema de matrimonio de clase civil con pluralidad de formas, civiles y religiosas; siempre y cuando, respecto de estas últimas, la ley se remitiera a la forma prevista por las confesiones religiosas en general.

2.º Sistema de matrimonio civil obligatorio con pluralidad de formas, ordinarias y extraordinarias.

3.º Sistema de clases de matrimonio, siempre y cuando la ley se remitiera a las normas de las distintas confesiones religiosas (si las tuvieren), con el único límite del orden público.

cación de cualquier cláusula del presente Acuerdo, inspirándose para ello en los principios que lo informan».

Por consiguiente, la interpretación definitiva, decisoria y última de la norma concordataria depende de tal común acuerdo entre las altas partes contratantes, mediante una Comisión mixta designada al efecto. Mientras tanto parece prudente suspender el juicio, pues doctores tiene la Santa Madre Iglesia... y el Estado.

B) Sistema facultativo de tipo anglosajón (o «protestante»)

Originariamente, responde a la ausencia de disciplina propiamente jurídica del matrimonio religioso cristiano no católico, regido por normas *morales*. Es el sistema de países como Inglaterra, Estados Unidos de Norteamérica, Noruega, Suecia, etc.

Caracteriza muy bien al sistema Dölle cuando afirma que en él se permite a los contrayentes prestar el consentimiento matrimonial, a su elección, ante un oficial del estado civil o ante un ministro de una confesión religiosa. La función estatal de constatación de la celebración del matrimonio se delega en ese ministro, lo que no significa que haya un verdadero y propio reconocimiento del matrimonio religioso en esta celebración. Por lo tanto, la elección del matrimonio religioso no tiene consecuencias para el Derecho matrimonial sustantivo; éste es, más bien, el mismo para todos los ciudadanos (18).

En consecuencia, dentro de este sistema el matrimonio religioso es una mera *formalidad* o *fórmula exterior* y no una *forma-tipo legal* o *clase de matrimonio*, sujeta a una particular normativa, total o parcialmente.

Se trataría, como se ha dicho muy gráficamente, de un «matrimonio en el templo, pero no matrimonio por la Iglesia» (por el Derecho de la Iglesia) (19).

Pues bien, este es el nuevo sistema matrimonial adoptado por la Ley de reforma del Código civil, partiendo de una interpretación minimalista del Acuerdo con la Santa Sede por parte del Estado español, autolimitado por las normas constitucionales antes citadas, donde se recoge el principio de unidad del ordenamiento jurídico (unidad de ley y unidad de jurisdicción) (20).

(18) DOLLE, *Familienrecht*, I, Karsruhe, 1964, pág. 186. La doctrina española se ha ocupado también de este sistema. Por todos, vid. Enrique RUBIO, *El matrimonio en forma religiosa no católica*, en «*Ius canonicum*», núm. 27 (1974), págs. 135 y sigs., así como los estudios ya citados de Fuenmayor, Navarro Valls e Iban.

(19) SANCHO REBULLIDA, *¿Casarse por la Iglesia o casarse en el templo?*, en «*Diario de Navarra*», 25 de marzo de 1980, artículo periodístico con intención y alcance meramente divulgadores.

(20) Artículos 32, párrafo 2.º, y 149, párrafo 1, núm. 8.º, por lo que se refiere a la unidad de ley, y 24, párrafo 2, y 117, párrafos 3 y 5, por lo que mira a la unidad de jurisdicción.

Al presentar el texto de la nueva Ley ante el Congreso de los Diputados, el Ministro de Justicia, señor Fernández Ordoñez, hizo alusión a que no

Es ya sintomático que la rúbrica del capítulo III del nuevo Título IV del Libro I del Código civil diga así: «De la forma de celebración del matrimonio», en singular éste. Hay, al parecer, un solo matrimonio que, conforme al artículo 49, cualquier español podrá contraer dentro o fuera de España:

«1.º Ante el Juez o funcionario señalado por este Código.

2.º En la forma religiosa legalmente prevista.

También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración».

El núm. 1.º lo desarrollan los artículos 51 y 52. El primero de ellos dispone que «será competente para autorizar el matrimonio: 1.º El Juez encargado del Registro Civil. 2.º En los municipios en que no resida dicho Juez, el Alcalde o el delegado designado reglamentariamente (21). 3.º El funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero».

El artículo 52, por su parte, regula el matrimonio *in articulo mortis*, estableciendo que «podrá autorizar el matrimonio del que se halle en peligro de muerte: 1.º El Juez encargado del Registro Civil o el delegado, aunque los contrayentes no residan en su circunscripción y, en defecto de ambos, el Alcalde. 2.º En defecto del Juez, y respecto de los militares en campaña, el Oficial o Jefe superior inmediato. 3.º Respecto de los matrimonios que se celebren a bordo de nave o aeronave, el Capitán o Comandante de la misma. Este matrimonio no requerirá para su autorización la previa formación de expediente, pero sí la presencia, en su celebración, de dos testigos mayores de edad, salvo imposibilidad acreditada».

El número 2.º del artículo 49 (matrimonio en la forma religiosa legalmente prevista) lo desenvuelven los artículos 59 y 60, que, por cierto, colocan en un mismo nivel al matrimonio canónico o católico y a los demás matrimonios religiosos.

Por el primero de los preceptos citados, «el consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste».

Por el segundo de los mismos, «el matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de las formas religiosas previstas en el artículo anterior produce efectos civiles. Para el pleno

puede quebrarse la unidad del ordenamiento jurídico por razones de unas creencias y exigencias morales o religiosas, así como a que no podía aceptar, el Gobierno ninguna lectura de los Acuerdos con la Santa Sede que sea *contraria a la Constitución española*, lo cual significa —continuó diciendo— *ni más ni menos que la recuperación por el Estado de la soberanía en materia de efectos civiles de los matrimonios* (vid. Discurso de presentación del Proyecto de Ley ante el Pleno del día 17 de marzo de 1981, en *La ley de divorcio*, Madrid, Servicio de publicaciones del Ministerio de Justicia, 1981, págs. 9 y 11).

(21) Según el párrafo segundo del nuevo artículo 57, «la prestación del consentimiento podrá también realizarse, por delegación del Juez o funcionario encargado del Registro Civil competente, bien a petición de los contrayentes o bien de oficio, ante un Juez o encargado de otro Registro Civil».

reconocimiento de los mismos se estará a lo dispuesto en el capítulo siguiente» (capítulo IV que trata de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil, arts. 61-65, de los cuales sólo tiene interés para nuestro tema el artículo 63, del que nos ocuparemos enseguida).

La expresa reserva de ley estatal en materia de matrimonio que contienen los artículos 32-2.º y 149-1, número 8.º, de la Constitución y la interpretación sistemática e interdependiente de los nuevos artículos del Código civil acabados de transcribir, puestos en relación con el artículo 73-3.º reformado, permiten concluir que, pese a la pluralidad de meras *formalidades* exteriores (civiles y religiosas), hay un solo matrimonio regulado unitariamente en sus aspectos materiales o sustantivos.

Revelador resulta —aparte del singular empleado en la rúbrica del capítulo III «De la forma de celebración *del* matrimonio» y de la nivelación de todos los matrimonios religiosos, incluido el matrimonio canónico— lo que preceptúa el nuevo artículo 73-3.º:

«Es nulo, *cualquiera que sea la forma de su celebración* (incluida, por tanto, la religiosa o canónica)

... 3.º El (matrimonio) que se contraiga sin la intervención del Juez o *funcionario* ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos».

Se confirma el certero diagnóstico de Dölle: la función estatal de constatación de la celebración del matrimonio *se delega en el ministro ante el que se celebra aquél*, convertido así en *funcionario* a estos efectos, como en el Proyecto isabelino de Código civil de 1851 se hacía con los curas párrocos respecto de la constancia del estado civil de las personas, a través de los Libros parroquiales de bautismos, matrimonios y defunciones, cuando aún no se había creado el Registro Civil (22).

La elección del matrimonio en forma (*rectius*, formalidad) religiosa o canónica, en su caso, no tiene consecuencias para el Derecho matrimonial que el Estado monopoliza absolutamente.

Sintomática es, a este propósito, la supresión en las Cortes Generales de la disposición adicional 10.ª que figuraba en el Proyecto del Gobierno y que, según el texto del dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, decía así:

«Los Jueces Civiles no podrán conocer una controversia sobre nulidad de matrimonio celebrado en forma canónica mientras la misma cuestión esté pendiente ante un órgano eclesiástico, al que de común acuerdo se hubiesen sometido expresamente las partes; pero cualquiera de ellas podrá solicitar ante el Juez competente los efectos y medidas correspondientes a la admisión de la demanda».

De suerte que, según el texto legal definitivo, los órganos jurisdiccionales civiles tendrán siempre competencia para conocer las causas sobre nulidad de matrimonio canónico (naturalmente, aplicando el Derecho estatal) aunque medie sumisión expresa de las partes (cfr. art. 57 L.e.c.) a los Tribunales eclesiásticos. Ni siquiera esa mínima concesión a

(22) Cfr. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la ed. de Madrid, 1852, Zaragoza, Cátedra del Prof. LACRUZ BERDEJO, 1974, pág. 184, en comentario a los artículos 334 y sigs. del Proyecto de 1851.

la jurisdicción de la Iglesia Católica prevaleció por considerarse la disposición inconstitucional.

Asistimos, pues, a una nivelación jurídica impuesta en nombre del principio de unidad de ley y unidad de jurisdicción (unidad del ordenamiento jurídico).

5.—En el nuevo Título IV del Libro I del Código civil, por lo que al sistema matrimonial atañe, hay dos «cribas», «cedazos» o «filtros»:

1) Un *control de legalidad originaria* o *a priori*, positiva o de validez, que se encuentra en el artículo 63, clave del sistema, según el cual «la inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa se practicará con la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil. Se *denegará* la práctica del asiento —añade el párrafo 2.º, que es el verdaderamente importante— cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su *validez* se exigen en este título».

De manera que el encargado del Registro Civil deberá *denegar* —no simplemente *suspender*— la inscripción del matrimonio canónico o religioso cuando compruebe, a través de su *calificación* previa, que no concurre cualquiera de los requisitos legales necesarios para la *válida* celebración del mismo.

Queda así muy claro que, salvo en lo relativo a la forma externa de celebración (*formalidad*), la normativa de fondo aplicable para determinar la validez de un matrimonio canónico o religioso es la civil, aplicable por tanto a todo matrimonio.

Pensemos, por ejemplo, en los matrimonios canónicos contraídos por un varón menor de edad no emancipado que tenga dieciséis años, o por una mujer de catorce años cumplidos. Tales matrimonios, válidos según el Derecho canónico, serían nulos según el Código civil (nuevo art. 46, núm. 1.º, en relación con el 73, núm. 2.º, reformado) y, por consiguiente, no inscribibles, salvo dispensa que puede conceder, antes o después de celebrado el matrimonio, el Juez de Primera Instancia, con justa causa y a instancia de parte, más la audiencias del menor y sus padres o guardadores (art. 48, párrafos 2.º y 3.º C. c. en su nueva redacción) (23).

(23) Dispone el nuevo art. 46: «No pueden contraer matrimonio: 1.º Los menores de edad no emancipados», y el 73: «Es nulo, *cualquiera que sea la forma de su celebración* (incluida, por tanto, la forma religiosa del núm. 2, del art. 49): ... 2.º El matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48». A tenor de este último precepto «el Ministro de Justicia puede dispensar, a instancia de parte, el impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior. El Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, los impedimentos de grado tercero entre colaterales y de edad a partir de los catorce años. En los expedientes de dispensa de edad deberán ser oídos el menor y sus padres o guardadores. La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no hay sido instada judicialmente por alguna de las partes».

Imaginemos también el caso de un matrimonio canónico válidamente contraído por persona que se encuentra ligada por previo vínculo matrimonial civil con tercera persona. Tal matrimonio celebrado en forma canónica sería nulo civilmente (*ex arts. 46-2.º en relación con el 73-2.º del nuevo Título IV del Libro I del C. c.*) (24) y, por tanto, no susceptible de inscripción en el Registro Civil, según el transcrito artículo 63, párrafo 2.º.

Ese *control de legalidad originaria* es como la «llave» que cierra el acceso al Registro del estado civil de los matrimonios religiosos o canónicos que no pasan la «contera» del Derecho del Estado: *a priori* han de ajustarse a ese forzoso criterio de medida.

Pero no sólo hay ese control previo de legalidad estatal por lo que mira a la validez misma del negocio jurídico matrimonial:

2) Hay otro *control de legalidad subsiguiente o a posteriori*, negativa o de nulidad y disolución, en el nuevo artículo 80 y en la disposición adicional 2.ª, párrafo 2.º, de la ley reformadora del Título IV del Libro I, C. c.

El primero dispone que «las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, *si se declaran ajustadas al Derecho del Estado* en resolución dictada por el Juez civil competente conforme a las condiciones a las que se refiere el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

La indicada disposición adicional, tras establecer en su primer párrafo que «corresponderá el conocimiento de las demandas en solicitud de la eficacia civil de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado al Juez de Primera Instancia», agrega en su párrafo segundo que «presentada la demanda por cualquiera de las partes, el Juez dará audiencia por el plazo de nueve días al otro cónyuge y al Ministerio Fiscal; y si, no habiéndose formulado oposición, aprecia que la resolución es auténtica y *ajustada*

(24) Preceptúa el art. 46 reformado, en su número 2.º, que no pueden contraer matrimonio *los que estén ligados con vínculo matrimonial* (sin distinciones). Y el 73, núm. 2.º, establece la sanción de la *nulidad* (radical o absoluta) para el supuesto contemplado en el texto de este trabajo, a diferencia del antiguo art. 51 C. c., que, según reiterada y conocida jurisprudencia del Tribunal Supremo, prevenía la sanción de la mera *ineficacia* en caso de conflicto de doble matrimonio cuando el primero es civil y el segundo canónico (cfr. JORDANO BAREA, *El matrimonio putativo como apariencia jurídica matrimonial*, en ADC, t. XIV (1961), págs. 349 y 350, y LALAGUNA, *El artículo 51 del Código civil y los conflictos de doble matrimonio*, ibidem, págs. 383 y sigs.).

Un precepto como el antiguo art. 51 C. c. es pieza clave y fundamental tanto en un sistema matrimonial canónico con forma civil subsidiaria o supletoria, como en un sistema matrimonial facultativo u optativo de tipo latino. Su ausencia denota claramente que estamos ante un solo régimen jurídico matrimonial, ante una sola e indiferenciable institución jurídica que admite varias *formalidades* posibles.

al Derecho del Estado, acordará por auto la eficacia en el orden civil de la resolución o decisión eclesiástica, procediendo a su ejecución con arreglo a las disposiciones del Código civil sobre las causas de nulidad y disolución».

6.—Pero, ¿qué significado y alcance tiene esa «declaración de ajuste al Derecho del Estado»?

La expresión aparece ya en el Acuerdo para asuntos jurídicos entre la Santa Sede y el Estado español, de 3 de enero 1979, en su artículo VI, párrafo 2.º, antes transcrito.

La doctrina, canonista y civilista, se divide al interpretar el sentido normativo de la discutidísima expresión.

Muy sumariamente, las principales posiciones doctrinales son las que siguen:

1) La declaración de ajuste al Derecho del Estado supone la coincidencia *in concreto* de la motivación de la resolución o decisión canónica con las correspondientes causas de nulidad o divorcio reguladas por la ley civil. Habría, pues, según esta directriz, una especie de *juicio de revisión en cuanto al fondo* por parte de los órganos jurisdiccionales del Estado (25).

2) La declaración de ajuste al Derecho del Estado equivale a una simple *calificación de ajuste meramente formal o secundario*.

Así, para Carmelo de Diego Lora será un «juicio de verificación» acerca de: a) que se trata de resolución eclesiástica de nulidad de matrimonio canónico o de concesión pontificia de matrimonio rato y no consumado; b) que tales resoluciones fueron pronunciadas en procedimientos nacidos a instancia de uno o de los dos contrayentes; c) que la eficacia en el orden civil ha sido solicitada al menos por uno de los contrayentes (26).

Para García Failde se trata de una mera «constatación de requisitos formales» (27); y para Fornés de comprobar la «concordancia de las

(25) Esta opinión fue defendida en el Senado por el señor Villar Arregui durante el debate para la aprobación del texto del Acuerdo con la Santa Sede y consiguiente autorización para su ratificación. La intervención de dicho Senador, en relación con el art. VI-2 del Acuerdo, decía: «El artículo VI de este Acuerdo no reconoce efectos civiles a las sentencias de nulidad dictadas por los Tribunales eclesiásticos, salvo que las causas determinantes de la nulidad sean tenidas como tales por el propio Código civil. Nada de *exequatur*. Hay una cognición en referencia a las causas determinantes de la nulidad, acordadas por la jurisdicción eclesiástica, y si el juez ordinario entiende que las causas que la han fundado no son subsuibles por el Código civil, no producirán efectos civiles. No hay, pues, repito «*exequatur*». Lo que hay es un nuevo examen de la causa a la luz de un ordenamiento distinto para pronunciar la sentencia que proceda». («Diario de Sesiones del Senado», núm. 25, 1979, págs. 1.028, sesión celebrada el 10 de octubre de 1979).

(26) DE DIEGO LORA, *La eficacia en el orden civil de las resoluciones eclesiásticas en materia matrimonial*, en «Ius Canonicum», Enero-junio 1979, pág. 226.

(27) GARCÍA FAILDE, *Reconocimiento de efectos civiles del matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico*, en «Boletín de la Diócesis de Calahorra», agosto 1980, pág. 281.

medidas puramente ejecutivas» de las resoluciones o decisiones (28).

Es la tesis menos exigente por partir de una interpretación maximalista del Acuerdo con la Santa Sede, según el modelo del sistema matrimonial facultativo u optativo de tipo latino, y estimar que el ajuste al Derecho del Estado hay que referirlo también al referido Acuerdo que, tras su publicación en el «B. O. E.», forma parte del ordenamiento interno, conforme a los artículos 1-5.º C. c. y 96-1.º de la Constitución.

Mas, según ya vimos con anterioridad, falla el presupuesto o punto de partida de esta tesis. No hay recepción en sentido *material* de las normas del Derecho canónico, como por el contrario sí la había en el artículo 75 del Código civil en su versión originaria de 1889.

3) Una tesis de carácter intermedio es la que conceptúa la declaración de ajuste al Derecho del Estado como un *exequatur* en sentido técnico.

En esta línea de pensamiento, Fuenmayor (29) y López Alarcón (30) opinan que el juez civil se debe limitar a la verificación de la autenticidad de la resolución o decisión, garantía procesal de audiencia o defensa y licitud o ajuste al orden público interno, entendido como síntesis exponencial del ordenamiento jurídico (conjunto de principios generales de Derecho). Es decir, estaríamos ante un «control de licitud».

Pero hay más que eso. Comoquiera que no existe reenvío en sentido *formal* o «análogo» al que se da en Derecho internacional privado, el «control de licitud» no basta aquí y se torna necesario, además, otro tipo de control más fuerte.

4) A nuestro modo de ver se trata de una «homologación» material o «control de legalidad»: el juez civil comprobará la coincidencia sólo *in abstracto* de las normas religiosas o canónicas reguladoras del matrimonio con las normas contenidas en el nuevo Título IV, Libro I, del Código civil.

Así lo impone el principio de unidad del ordenamiento, en su doble faceta de unidad de ley (con expresa «reserva de ley estatal», *ex arts.* 32-2.º y 149-1, núm. 8.º, Const.) y unidad de jurisdicción (artículos 24-2.º y 117-3.º y 5.º, Id.).

Si existe —según tuvimos ocasión de comprobar— un «control de legalidad originaria o *a priori*», positiva o de validez (nuevo art. 63-2.º Código civil), no es de extrañar que haya otro «control de legalidad subsiguiente o *a posteriori*», negativa o de nulidad y disolución (nuevo art. 80 C. c. y disposición adicional 2.º-2 de la Ley de reforma del C. c.). Es totalmente lógico que la «criba», «cedazo» o «filtro» actúe antes y después, en el momento de la constitución del estado civil de casados y en el instante de la nulidad o disolución del vínculo matrimonial.

(28) FERNÁNDEZ, *El nuevo sistema concordatario español*, Pamplona, 1980, págs. 86 y sigs.

(29) FUENMAYOR, *El marco...*, cit., pág. 294.

(30) LÓPEZ ALARCÓN, *El matrimonio canónico en el proyecto de reforma del título IV del libro I del Código civil*, cit., págs. 899 y sigs.

7.—Veamos ahora, sin pretensiones de exhaustividad, una serie de supuestos ilustrativos de esa «homologación» o «control de legalidad subsiguiente o *a posteriori*» de las resoluciones o decisiones eclesias-ticas.

1) En primer lugar se pueden traer a colación los supuestos de nulidad de matrimonio canónico por impedimentos dirimientes no reconocidos en el Código civil reformado:

a) Por impedimento de parentesco, cuya gama en el parentesco por consaguinidad es más amplia en Derecho canónico que en Derecho civil, si bien los grados de indispensabilidad vienen a coincidir en ambos ordenamientos, por lo que apenas surgirán en la práctica problemas de homologación, como tampoco a propósito del parentesco de afinidad que, aun desconocido como impedimento matrimonial por la reforma del Código civil, es dispensable canónicamente con cierta facilidad.

b) Por impedimento de impotencia *conocida*. La desconocida se podría subsumir en un error en el motivo determinante, según el número 4.º del artículo 73 reformado, a cuyo tenor «es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración: ... el (matrimonio) celebrado por error en la identidad de la persona del otro cónyuge o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento». Para obtener sin dificultad la homologación civil de una sentencia canónica de nulidad de matrimonio canónico por impotencia desconocida anterior a la celebración del mismo, sería conveniente articular la causa de nulidad como un caso de *error in qualitatem personae*, relevante por su entidad en tanto en cuanto redunde en error sobre la persona.

c) Por impedimentos de disparidad de cultos (también de mixta religión, cuando excepcionalmente es indispensable por Derecho divino), parentesco espiritual, pública honestidad, orden sagrado, voto solemne de castidad y crimen de adulterio. Las respectivas sentencias canónicas de nulidad serían civilmente inhomologables, pues todos estos impedimentos son desconocidos por un ordenamiento, como el nuestro, aconfesional (art. 16, 3, Const.) y que ha despenalizado el antiguo delito de adulterio (Ley de 26 de julio de 1978).

2) En segundo término está el grave problema de la relevancia de la simulación en el matrimonio, nada pacífico por cierto (31) y al que brevemente aludiremos aquí.

A) La doctrina canonista habla de una «simulación parcial» cuando se excluyen, con *animus non se obligandi* (no con el simple *animus non adimplendi*), uno de los *tria bona* agustinianos del matrimonio: a) *bonum sacramenti* (indisolubilidad); b) *bonum fidei* (fidelidad); c) *bonum prolis* (procreación y educación de la prole). Más que de una clase de

(31) Sobre el problema aludido en el texto, vid. ARECHEDERRA, *La simulación en el matrimonio civil*, en RJC, 1980, págs. 179 y sigs.; CARRIÓN, *En torno a la simulación en el matrimonio civil*, en RDP, enero y febrero 1981, págs. 35 y sigs. y págs. 128 y sigs.; JORDANO, op. et loc. cits., esp. págs. 357-359, nota 52, y las abundantes referencias bibliográficas citadas en estos estudios.

simulación se trata de una *exclusión* (32). Exclusiones en el objeto del consentimiento matrimonial que difícilmente pueden tener relevancia jurídica desde el punto de vista del ordenamiento civil.

Pues la indisolubilidad no es ya un carácter propio del matrimonio regulado unitariamente por el Código civil (cfr. arts. 85, 86, 88-2 y 89 reformados) (33) y los nuevos artículos 67 y 68 (34), al describir el objeto (o, mejor, objetivo) del consentimiento matrimonial, guardan explicable silencio.

Por su lado, aunque la fidelidad sí es mencionada en el artículo 68 como uno de los deberes personales y recíprocos de los cónyuges, cuya infracción más grave (adulterio) tiene ciertas consecuencias jurídicas civiles (ser causa de separación o de divorcio, según los arts. 82-1.º y 86-2.º y 3.º, y constituir justa causa de desheredación, a tenor del artículo 855-1.º C. c.), sin embargo, al disponer el párrafo segundo del artículo 45 reformado que «la condición, término o modo (en el sentido de modalización, no de *modus* en sentido técnico) del consentimiento se tendrá por no puesta», hace muy dudosa la admisibilidad de esta hipótesis de la llamada «simulación parcial», inclinándonos por la solución negativa (35).

En cuanto al *bonum prolis*, su exclusión también carecería de trascendencia civilmente hablando, habida cuenta de la supresión del impedimento de impotencia (¡harto elocuente respecto al profundo y sorprendente cambio de concepción del matrimonio y sus fines!) y del

(32) Así, BERNARDEZ CANTÓN, *Curso de Derecho matrimonial canónico*, Madrid, 3.ª ed., 1971, págs. 229 y sigs.

(33) Según el art. 85 reformado «el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o por la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio».

El nuevo art. 86 recoge las causas de divorcio, que se pueden resumir en dos: «cese efectivo de la convivencia conyugal», en diversas circunstancias y plazos de uno, dos y cinco años, y sentencia condenatoria por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

El art. 88, en su párrafo 2.º, establece que «la reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio» (matrimonio civil, cuando estén casados con matrimonio válido canónico no declarado nulo ni disuelto según el Derecho de la Iglesia Católica, hipótesis ésta que pone a prueba el sistema matrimonial español acabado de estrenar, pues en la misma —igual que en el caso de contraer matrimonio ulterior con tercera persona un casado canónicamente y civilmente divorciado— se impone *obligatoriamente* el matrimonio civil, a pesar de tratarse, en principio, de un sistema electivo u opcional).

Por último, el art. 89 reformado dispone que «la disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil».

(34) El primero preceptúa que «el marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia»; el segundo, por su parte, ordena que «los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente».

(35) Por la misma razón, carecería de relevancia en el orden civil la hipótesis del matrimonio canónico *sub conditione*. La sentencia eclesiástica declarándolo nulo, por no cumplimiento de una condición posible y lícita, sería inhomologable por el juez civil.

silencio, a este propósito de la procreación y educación de la prole, en los artículos 67 y 68 Código civil reformados.

Tenemos, pues, que concluir afirmando que la mal llamada «simulación parcial» de la doctrina canonista es irrelevante desde el punto de vista civil con base, fundamentalmente, en el nuevo artículo 45-2 Código civil.

B) En lo que atañe a la llamada «simulación total» (simulación propia cuando no se trata de reserva mental) (*vid. infra* 3), la supresión del artículo 77 del Proyecto del Gobierno —que regulaba la legitimación para impugnar por simulado el matrimonio, así como el plazo de caducidad de la acción correspondiente (36)— hace dudar de la trascendencia o relevancia de la simulación matrimonial en el ámbito jurídico civil.

El Grupo Parlamentario Socialista, partido mayoritario de la oposición al Gobierno, argumentaba así la indicada supresión: «Para los socialistas *el matrimonio es un contrato*. Por tanto, *las causas de nulidad contenidas en el artículo 73 de nuestro texto alternativo, no pueden ser distintas de las reguladas en el Código civil respecto del negocio jurídico* y ello por dos razones: la primera, una simple razón de teoría general del Derecho; y la segunda, una razón igualmente obvia, pues para los socialistas *la nulidad no es ni debe ser un divorcio encubierto*, tal y como pretende el Gobierno en su Proyecto, y tal y como ha sido hasta hoy para la Iglesia Católica. Para nosotros, como antes quedó dicho, *las causas de nulidad serán las generales de los contratos*, como se infiere de la lectura del artículo 73 de los respectivos proyectos, de cuyo texto los socialistas hemos suprimido las causas de nulidad contempladas en los números 3 (error en las cualidades esenciales) (37) y 5 de dicho artículo (el matrimonio simulado), *por entender que las mismas se apartan de las reservadas por el Código civil para los contratos* y porque dichas causas constituyen, en sí mismas, un auténtico cajón de sastre de donde se pueden extraer cualquier motivo o causa que dé origen a una nulidad *ficticia* manteniendo, por tanto, la hipocresía de los procesos canónicos en el marco del ordenamiento civil» (38).

La argumentación —prescindiendo de otros alegatos un tanto demagógicos contenidos en el mismo cuaderno («divorcio vergonzante»

(36) «En caso de simulación —decía— sólo estarán legitimados los contrayentes y, para evitar el fraude a un interés público, el Ministerio Fiscal. Unos y otros carecerán de acción si los cónyuges hubieren vivido juntos durante más de seis meses».

(37) Esta supresión parece que tenía su razón de ser en evitar que por ese cauce tuviera relevancia la llamada «simulación parcial» o exclusión del objeto o de las propiedades esenciales del matrimonio. Pero el «error en las cualidades esenciales» de que hablaba el Proyecto del Gobierno no se refería a las cualidades esenciales del matrimonio, sino a las cualidades esenciales *personales*, tal como ha quedado puntualizado en el definitivo número 4.º del art. 73 reformado.

(38) Cfr. *Cuadernos parlamentarios*, grupo parlamentario socialista, Partido Socialista Obrero Español, 3, *El divorcio*, Madrid, 1980, págs. 14, 17 y 22.

y «privilegiado» del que venían disfrutando las clases económicamente fuertes, mediante sentencias de nulidad, presuntamente fraudulentas, de los Tribunales eclesiásticos de Brooklyn, Puerto Rico, Zaire, etc.)— es incoherente desde el punto de vista estrictamente jurídico y poco realista.

Incoherente porque si el matrimonio es un contrato —y, cabalmente, lo es: un contrato de sociedad extrapatrimonial o contrato asociativo (*consortium*) creador de una comunidad familiar y origen por ello de una situación preestablecida *ex lege* (39)— los contratos, como es bien sabido, se pueden declarar nulos por simulación —según reiterada y conocidísima jurisprudencia del Tribunal Supremo— cuando les falta el elemento esencial del consentimiento o de la causa (arg. *ex arts.* 1.254, 1.258, 1.261, núm. 1.º y núm. 3.º, 1.262-1, 1.275, 1.276 y 1.278 C. c.). Y en el propio texto alternativo del P.S.O.E., lo mismo que en el texto del Proyecto del Gobierno y en el definitivo de la Ley de Reforma de 7 de julio de 1981, existe un precepto, el artículo 45, párrafo 1, que literalmente dice: «*No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial*», añadiendo el artículo 73 de dichos textos que «*es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración: 1.º El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial*».

El consentimiento matrimonial, dirigido al establecimiento de una plena comunidad de vida entre los cónyuges, obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad, socorrerse o ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia (nuevos arts. 67 y 68 C. c.), no puede ser puramente *formal*, sino que ha de ser *real* o *verdadero*, por tratarse de un elemento esencial al contrato de matrimonio. El artículo 58 reformado lo presupone cuando establece que «el juez o funcionario, después de leídos los artículos 66, 67 y 68, preguntará a cada uno de los contrayentes si consienten en contraer matrimonio con el otro y *si efectivamente lo contraen en dicho acto* y, respondiendo ambos afirmativamente, declarará que los mismos quedan unidos en matrimonio y extenderá la inscripción o el acta correspondiente». La «declaración» del encargado del Registro Civil no subsanaría la falta de un efectivo o verdadero consentimiento matrimonial, que siempre es presupuesto esencial. En España es insostenible la tesis del pretendido carácter *constitutivo* que en el acto matrimonial tendría la declaración del oficial del estado civil (juez o funcionario) (40), que no pasa de ser un testigo cualificado, elemento formal del matrimonio.

Por otro lado, decíamos que la argumentación contraria a la relevancia de la simulación es poco realista, porque dicha relevancia viene impuesta por consideraciones de orden práctico (justicia de los casos concretos, que ha movido a la más reciente jurisprudencia, doctrina y legislación europeas a apartarse de la tradicional solución negativa al

(39) Cfr. nuestro estudio cit., *El matrimonio putativo*, pág. 378 y nota 129.

(40) Vid. Cicu, *Matrimonium seminarium reipublicae*, en «Archivio giuridico», 1921, págs. 111 y sigs.; Id., *Lo spirito del Diritto familiare nel nuovo Codice civile*, en «Rivista di Diritto civile», 1939, págs. 3 y sigs.; Id., *Ancora sulla natura giuridica dell'atto di celebrazione del matrimonio civile*, en «Ius», 1941, págs. 471 y sigs.

problema de la admisibilidad de la simulación matrimonial). Pensemos en los casos de matrimonios, civiles o religiosos, contraídos por broma (tema de una divertida película de Berlanga, inspirada en un acontecimiento de la vida real), de matrimonios celebrados para el efecto limitado de adquirir un pasaporte *iure matrimonii* y poder pasar así una frontera (línea divisoria de las dos Alemanias, Occidental y Oriental, muro de Berlín, frontera italo-yugoslava, etc.), o trabajar sin dificultades de tipo sindical en un plató o escenario (caso de la hoy popular Nadiuska) y, en fin, para subrogarse *mortis causa* en el arrendamiento de una vivienda al amparo del artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (caso pintoresco del estudiante barcelonés que con esta finalidad casó *in articulo mortis* con la vieja patrona que le hospedaba... ¡y después ésta sobrevivió!) (41).

Por consiguiente, a nuestro modo de ver, la admisibilidad y relevancia de la simulación en el matrimonio es indudable, sin que por ello se ataque su deseable estabilidad y la certeza de sus efectos o necesidad de que las actuaciones relativas al estado civil de las personas sean seguras. Las graves consecuencias que podría acarrear la admisión y relevancia incondicionada de este tipo de discordancia entre voluntad y declaración, se evitan suficientemente teniendo en la debida cuenta el principio del *favor matrimonii*, y siendo muy cautos en la ponderación de la prueba, no contentándose con un juicio de mera probabilidad o cuasi certeza, sino exigiendo la certeza absoluta o, cuando menos, la *certeza moral*, como —salvo algunos lamentables abusos— suelen hacer los Tribunales eclesiásticos.

Finalmente, la posibilidad de un divorcio fácil (a corto plazo, por mutuo disenso) no es argumento decisivo en contra de la relevancia de la simulación matrimonial, toda vez que el divorcio presupone un matrimonio válido y eficaz que se disuelve por una causa sobrevenida, al paso que la declaración de nulidad por simulación implica la constatación de que el matrimonio nació inválidamente, siquiera pueda producir ciertos efectos desde su celebración hasta la sentencia de nulidad en virtud de la apariencia jurídica matrimonial (42). Son dos tratamientos distintos (divorcio y nulidad) para dos situaciones bien diferenciadas, que no conviene en modo alguno intercambiar o confundir: ni nulidades a veces encubridoras de auténticos divorcios ni divorcios encubridores ocasionalmente de verdaderas nulidades.

3) Si, por lo que acabamos de decir, la homologación de las sentencias canónicas de nulidad matrimonial por simulación propia parece perfectamente viable, en cambio resulta algo problemática la de las sentencias de nulidad por reserva mental unilateral desconocida para la contraparte; la conocida, unilateral o bilateral, es equiparable a la simulación si admitimos que ésta se da cuando existe una «comunidad

(41) Vid. BELTRÁN FUSTER, *Un estimulante del matrimonio: el artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos*, en ADC, t. IX (1956), págs. 1305 y sigs.

(42) Vid. nuestro citado estudio y hoy los nuevos arts. 78 y 79. Además conviene tener en cuenta los arts. 53, 95-2, 98, 1343-2.º y 3.º, y 1395 C. c. reformados, los dos últimos por Ley de 13 de mayo de 1981 («B. O. del E.» de 19 *idem*).

de opiniones» entre las partes sin necesidad de *pactum simulationis* expreso (43).

En contra de la relevancia y admisibilidad de la reserva mental en el matrimonio pudiera esgrimirse el juego combinado de los principios de la autorresponsabilidad del declarante y confianza del destinatario de la declaración; en suma, la idea de *securitas*, tan del gusto de los partidarios de la teoría de la declaración, y el principio general de la buena fe en sentido objetivo, es decir, la buena fe entendida como conducta ajustada a los postulados de la lealtad, probidad y honorabilidad en el tráfico (arg. ex arts. 7-1 y 1.258 C. c.).

Pero el juego de dichos principios es propio de los negocios jurídicos del tráfico ordinario, donde sí surgen expectativas particulares dignas de tutela en virtud de la confianza depositada en la declaración por el declaratario, y consiguientes deberes de puntual y responsable diligencia por parte del declarante frente al destinatario de la declaración.

El matrimonio no es un negocio cualquiera del tráfico jurídico ordinario *inter vivos*, pues funda una comunidad familiar, más o menos estable, pero comunidad al fin y al cabo, que interesa a la sociedad entera (*matrimonium principium urbis et quasi seminarium reipublicae*, como decía bellamente Cicerón). De ahí que algo tan serio y trascendente no deba crearse sin una efectiva y verdadera voluntad. Un *propositum in mente retentum* de signo contrario, suficientemente probado, destruye el consentimiento matrimonial y, sin éste, no hay matrimonio (arg. ex arts. 45-1 y 73-1.º C. c. reformado). El artículo 45-2 no constituiría un obstáculo insalvable, ya que el precepto se refiere a la aposición, de alguna manera expresada, de determinaciones accidentales (condición, término o modalizaciones) del consentimiento matrimonial, existente éste en realidad y no sólo en la mera apariencia exterior.

4) Un punto neurálgico en la interpretación del Acuerdo con la Santa Sede, y del nuevo artículo 80 Código civil y disposición adicional 2.ª-2 que lo desarrollan, es la homologación de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado.

Pues, por su propia naturaleza, el Derecho del Estado no cuenta con una normativa equivalente a los rescriptos *super rato*.

¿Carecerán por ello éstos de toda posible relevancia en el orden jurídico civil?

La respuesta afirmativa a ese interrogante supondría interpretar el aludido Acuerdo de tal suerte que en este punto devendría totalmente ineficaz, en contra del principio de conservación en sede hermenéutica que para los contratos recoge el artículo 1.284 Código civil al disponer que «si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto». Además, se violarían el principio general de buena fe (arts. 7-1 y 1.258 C. c.), si el Estado al firmar el Acuerdo contaba con que nunca

(43) En este sentido, cfr. PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici*, Milán, 1939, pág. 33.

jamás la dispensa pontificia *super rato* gozaría de efectos civiles (44), y la norma de que «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes» (art. 1.256 C. c.), en este caso el Estado, al haber prescindido de la Comisión mixta de interpretación y aplicación, prevista en el Art. VII del Acuerdo con la Santa Sede.

Ahora bien: habiendo prevalecido de hecho (es ya un hecho consumado) una interpretación muy restrictiva y minimalista del Acuerdo tantas veces citado, según ya hemos tenido ocasión de poner de manifiesto, no hay ahora más alternativa que la de acudir a un reconocimiento *indirecto* de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado (y lo mismo se diga de la no directamente contemplada disolución *ipso iure* del matrimonio rato y no consumado por profesión religiosa solemne), a través de la vía oblicua de la separación personal y subsiguiente divorcio por mutuo acuerdo y *a corto plazo* (arts. 81-1.º, 82-5.ª, 86-1.ª y 2.ª y disposición adicional 6.ª de la Ley de reforma, que regula un procedimiento especial, muy rápido y sumario) (45).

Rodeo que se podría haber evitado admitiendo como justa causa de divorcio la no consumación del matrimonio, por ejemplo, en el plazo de los seis meses siguientes a su celebración, como figuraba en uno de los anteproyectos o borradores de la Ley de reforma del Código civil conocida vulgarmente como «Ley de divorcio», ya que un supuesto de divorcio vincular o propio es la disolución del matrimonio rato y no consumado por dispensa pontificia.

8.—A la vista de todo lo expuesto, podemos concluir afirmando que la Ley de reforma del Título IV del Libro I del Código civil, de 7 de julio de 1981, ha instaurado en España un sistema matrimonial facultativo o electivo de tipo anglosajón o «protestante» (45 bis), extraño a nuestra área cultural y contrario a nuestra realidad sociológica y a nuestras tradiciones más entrañables.

Se está claramente ante un sistema de unidad de clase o formato legal (de carácter estatal) y pluralidad de meras formalidades (civiles y religiosas). Estas apenas significan accesos diversos, por vías de

(44) Así opina también SANCHEZ REBULLIDA, op. cit., págs. 15 y 17.

(45) Según estos preceptos, bastaría el mutuo acuerdo de los cónyuges en la interposición de la demanda de separación, o la interposición por uno y el consentimiento del otro, y el cese efectivo de la convivencia conyugal durante un año, transcurrido el primero del matrimonio, sin necesidad de alegación de otra causa, contándose el indicado plazo desde la interposición de la demanda, con resolución judicial de separación o sin ella, adjuntando el correspondiente convenio regulador.

(45 bis) En análogo sentido, de cara al Proyecto y antes de la Ley de reforma del Código civil, vid. SANCHEZ REBULLIDA, *El matrimonio canónico en el sistema matrimonial español*, cit., pág. 23; DE LOS MOZOS, *La reforma del Derecho de familia, hoy*, Valladolid, 1981, págs. 43 y sigs., esp., pág. 45, y, últimamente, GIMÉNEZ Y FERNÁNDEZ DE CARVAJAL, *El matrimonio canónico en el proyecto de ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*, en RDP, julio-agosto, 1981, págs. 659 y sigs.

celebración distintas, a un sólo régimen jurídico matrimonial, a una sola e indiferenciable institución jurídica: el matrimonio como acto, como relación o *vinculum iuris* y como estado civil.

Hay, en suma, varias formalidades posibles, a elección, de un *único matrimonio* (el civil), regulado unitariamente en sus aspectos sustantivos.

Por eso se ha llegado a hablar de «un matrimonio civil obligatorio con forma religiosa facultativa» (46). Ni siquiera se «desestatalizan» las meras formas exteriores del matrimonio (47), sino que, en puridad, las formalidades religiosas se convierten en civiles, se «civilizan», por así decirlo, o estatalizan, como se deduce del artículo 73-3.º en relación con el 49-2.º y los 59-60 reformados del Código civil (Vid. *supra*, 4, B).

En el fondo, al recogerse una pluralidad de meras formalidades matrimoniales sustantivamente regidas en su totalidad por el ordenamiento jurídico del Estado, es como si se hubiera adoptado un «sistema matrimonial de clase civil con libertad de formas (civil y religiosa)», según propugnaba el Grupo Parlamentario Socialista (48).

Así las cosas, hubiera sido preferible, más clarificador y menos distorsionante de la forma religiosa canónica el sistema de matrimonio civil obligatorio, perfectamente compatible con la celebración, en su caso, antes o después, de los ritos matrimoniales propios de la confesión de los nubentes, derecho ya tutelado suficientemente por la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 5 de julio de 1980 (art. 2.º b).

Decía Ihering que «la forma supone siempre un *contenido*; es el *contenido* desde el punto de vista de su visibilidad» (49).

En la misma línea de pensamiento, ya sentenció Goethe: «lo que hay dentro, eso mismo hay fuera».

La forma no da el ser, como pretendían Aristóteles y nuestro Raimundo Lulio; es el ser quien da la forma.

Y ya terminamos. Las ideas que Ortega y Gasset expone en las páginas admirables de *El espectador* («Meditación del marco») sugieren la necesaria adecuación entre marco (*forma*) y cuadro (*sustancia matrimonial*) (50).

Tal adecuación falta en la Ley de reforma del Título IV del Libro I del Código civil. Si se nos permite la comparación pictórica, se predispone en dicha ley un posible marco dorado y barroco, no para *La Sagrada Familia* de Murillo, que sería lo propio, sino para un cuadro modernista (*Los amantes* de Picasso), que por sí reclamaria un marco mucho más simple, liso y plateado.

(46) PEÑA, *El sistema matrimonial según la Constitución*, cit., pág. 579.

(47) En contra, PEÑA, op. últ. cit., pág. 581.

(48) *Cuaderno 3*, cit., pág. 10.

(49) IHERING, *El espíritu del Derecho romano*, trad. española resumida, 2.ª ed., Madrid, 1962, págs. 285 y sigs.

(50) «Viven los cuadros —escribe el insigne pensador— alojados en los marcos. Esa asociación de marco y cuadro no es accidental, el uno necesita del otro... el marco postula constantemente un cuadro para su interior... La relación entre uno y otro es, pues, esencial y no fortuita» (ORTEGA Y GASSET, *El espectador*, Madrid, Salvat, 1969, págs. 91 y sig.).

Constitución económica y competencia desleal

(Reflexiones sobre la experiencia italiana) (*)

CANDIDO PAZ-ARES,

Departamento de Derecho Mercantil.
Universidad Autónoma de Madrid

1. Si la función específica de la disciplina de la competencia desleal consiste en controlar la coherencia o conformidad de la actividad empresarial a un determinado *modelo de conducta*, no será difícil comprender por qué razón el punto neurálgico de toda la discusión doctrinal sobre la materia gravita en torno a la delimitación de este paradigma de comportamiento, generalmente definido en el plano positivo a través de cláusulas generales. Nos interesa, pues, indagar —y, en la medida de lo posible, esclarecer— el oscuro entramado sobre el que se asienta la reconstrucción de semejante paradigma o modelo; y al respecto —si contemplamos otros ordenamientos— dos parecen ser los puntos cruciales a dilucidar: de un lado una cuestión de prevalente interés doctrinal, ¿qué protege la normativa en examen? (*objeto de tutela*); de otro, el que resulta ser el inmediato problema de la jurisprudencia, ¿con arreglo a qué criterios se opera el juicio de lealtad o deslealtad? (*standards de enjuiciamiento*); bien entendido que, siendo temas diferentes, postulan planteamientos y soluciones solidarios. A los efectos de las presentes notas, sin embargo, hemos de ceñir nuestros propósitos a efectuar un sumario reconocimiento de la experiencia italiana —y más concretamente, de su evolución en el curso de estos últimos años (1)—; de la experiencia italiana, que, sin

(*) El presente estudio es el fruto de una *relazione* que desarrollé bajo la dirección del prof. Vito Mangini en el *Seminario de Diritto Industriale* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia (curso académico 1978-79). Aprovecho la ocasión para expresar al prof. Mangini el testimonio de mi agradecimiento por la ayuda que me dispensó en todo momento.

(1) La finalidad inmediata de este trabajo, en efecto, no es otra que la de recensionar la literatura habida en la última década sobre la cláusula general y, en concreto, las siguientes aportaciones: MARCHETTI, *Il paradigma della correttezza professionale nella giurisprudenza di un ventennio*, en *Riv. dir. ind.*, 1966, pp. 186-236; cuyas tesis centrales son desarrolladas y precisadas en ID, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, Padova, 1969; JAEGER, *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*, en *Riv. dir. ind.*, 1970, pp. 5-149; SANTAGATA, *Le nuove prospettive della disciplina della concorrenza sleale*, en *Riv. dir. comm.*, 1971, pp. 141-210; trabajo éste que se culminará en ID, *Concorrenza sleale e interessi protetti*, Napoli, 1975; UBERTAZZI, *I principi della correttezza professionale: un tentativo di rilevazione empirica*, en *Riv. dir. ind.*, 1975, pp. 105-231; y GHIDINI, *Stealtà della con-*

ningún lugar a dudas, se muestra ejemplar en las materias aludidas. Mas no se crea por ello que se aspira a realizar un trabajo informativo de derecho extranjero en sentido estricto. No, se pretende más bien identificar líneas de tendencia de alcance más general y 'reflexionar sobre las profundas transformaciones que actualmente está sufriendo la disciplina; lo cual —habida cuenta además de la esencial fungibilidad de la doctrina elaborada en los distintos ordenamientos a la luz de las cláusulas generales de competencia desleal (2)— nos ha parecido especialmente oportuno

correnza e costituzione economica, Padova, 1978. En todas estas contribuciones —y en los términos que veremos— se ensayan nuevas construcciones del instituto de la competencia desleal que acaso hoy más que nunca se presenta —según dijera Bonfante a principios de siglo— como una «nebulosa de dudosa consistencia y con contornos vagos y oscilantes». Otros trabajos sobre la cláusula general que vieron la luz en el mismo periodo de los años setenta —v., por ejemplo, MARESCA, *La repressione della concorrenza sleale e la clausola generale di cui al n. 3 dell' art. 2.598 C. c.*, en *Volume celebrativo del XXV anno della Rivista di diritto industriale*, Milano, 1977, pp. 779-796— no introducen particulares innovaciones en la disciplina, por lo que no serán objeto de especial comentario. Por lo demás, las obras generales o colaterales que se hacen eco de lo que podemos considerar una verdadera nueva «teoría de la competencia desleal» serán citadas en el curso de la exposición.

(2) No en vano las cláusulas generales empleadas por los distintos ordenamientos para definir la «deslealtad económica» concuerdan en su disposición y en su estructura, aunque el criterio decisivo venga parafraseado con *distintas palabras*. Así, el Derecho alemán (cfr. § 1 de la UWG) califica de desleal el comportamiento concurrencial que vaya contra las *gute Sitten*, contra las «buenas costumbres»; una expresión ésta que remite a las *boni mores* del Derecho romano. En el ordenamiento suizo se hace referencia a los principios de la buena fe objetiva (*Treu und Glauben*). El decreto belga de 1934 sobre la competencia y también la nueva ley sobre prácticas comerciales (v. *Prop ind.*, 1972, pp. 44 y ss.) se refieren a los *usages honnêtes en matière commerciale ou industrielle*. La fórmula proviene del art. 10 *bis* del Convenio de París (revisión de La Haya de 1925) sobre protección de la propiedad industrial, también ratificado por España [y sobre cuya directa aplicabilidad en el ámbito interno se inclina SÁNCHEZ CALERO, *Las costumbres de probidad en la competencia y los secretos industriales*, en *Anales de moral social y económica*, vol. 12, 1969, pp. 109 y ss. (pp. 8-10 de la separata)]. Tales «usos honestos» vienen asimismo considerados por la jurisprudencia francesa en el marco de la cláusula general del art. 1.382 del *Code civil* sobre el ilícito extracontractual; se toman pues indirectamente como criterio operativo, por carecerse allí de disciplina especial sobre la competencia desleal. El derecho italiano, en fin, adopta como parámetro de la lealtad la adecuación a los principios de la *correttezza professionale* en el art. 2.598 del *Codice civile*. En el Derecho español no tenemos ninguna cláusula general de competencia desleal, que pueda asemejarse a las que ofrece el Derecho comparado; lo más parecido que poseemos es el art. 10 del Estatuto de la publicidad de 1964, a cuyo tenor incurre en actividad publicitaria desleal quien actúe contrariamente a las *normas de corrección y buenos usos mercantiles*. Sobre la referida *fungibilidad* de todas estas fórmulas, v. SCHRICKER, *Concorrenza sleale compiuta attraverso la violazione di norme penali e amministrative*, en *Riv. dir. ind.*, 1972, p. 39, y JAEGER, *Valutazione comparativa*, cit., pp. 53-54. Una síntesis más completa del panorama del Derecho comparado (con las indicaciones bibliográficas imprescindibles) en BAUMBACH-HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, München, 1981, pp. 149-156.

en un momento en que —aparecida ya la Constitución de 1978— se han agudizado la necesidad y la urgencia de la revisión que esta disciplina —y desde hace ya demasiados años— tiene pendiente entre nosotros. A tales efectos —y para dar un orden a la exposición— intentaremos trazar primero una síntesis elemental de cómo estaban planteadas las cuestiones referidas en la literatura clásica, de la que inevitablemente han debido partir los «nuevos escritos» (que son los que realmente nos interesan); se tratará después de ordenar los principales momentos de la nueva reconstrucción del paradigma de la disciplina, según éstos se deducen de las contribuciones en consideración. Finalmente ensayaremos una valoración global del cuadro resultante en el intento de captar el «cambio de rumbo» que —al igual que sucede en otras legislaciones— se está fraguando en el seno del ordenamiento italiano (3).

2. La disciplina de la competencia desleal surge en Italia en el marco de la norma general sobre el ilícito civil extracontractual (art. 1.151 del *Código Civile* de 1865) y da sus primeros pasos —como creación jurisprudencial— bajo el influjo de dos tendencias de marcado sabor *individualista*. La primera procede de la judicatura francesa que, recortada sobre las «exigencias de tutela del empresario», responde a un modelo de individualismo económico típicamente protocapitalista y se orienta muy decididamente hacia una protección reforzada y objetiva de los resultados de la iniciativa empresarial. En este sentido se reconduce la configuración de la disciplina al régimen de protección de los *derechos subjetivos* del empresario, ya sean de tipo dominical o de tipo personal. Por otra parte, se acusan también influencias de orden precapitalista, en las que las valoraciones asumen un fuerte tono moral y el juicio se ajusta al modelo penal: se considera el aspecto personal más que los resultados objetivos de la actividad empresarial (se responde por fraude o malicia, más que por los perjuicios patrimoniales inferidos al competidor). Esta segunda tendencia —que en los primeros años fue dominante— expresa más que la sensibilidad social del capitalismo, los postulados corporativos de una economía sustancialmente fundiaria (4). Pero a la larga habría

(3) Paradigmático al respecto resulta el caso alemán, del que esperamos poder ocuparnos en un próximo trabajo. Para una primera información v. BAUMBACH-HEFERMEHL, *op. ult. cit.*, pp. 177-178 (sobre el *Funktionswandel* de la disciplina) y la bibliografía seleccionada en las pp. 168 y 183-185. Ejemplar —amén de sugestivo— el opúsculo de OTT, *Systemwandel im Wettbewerbsrecht (Die Generalklausel des § 1 UWG und ihre Rückwirkungen auf Rechtsprechung und Dogmatik)*, en *Funktionswandel der Privatrechtinstitutionen, Festschrift für RAISER*, Tübingen, 1974, pp. 403 y ss.

(4) Cfr. GHIDINI, *Slealtà della concorrenza*, cit., pp. 35-44 (passim) e *ibi* exhaustivas indicaciones bibliográficas y jurisprudenciales. Las páginas corresponden al primer capítulo de la obra citada y reproducen básicamente el anterior escrito del autor, *La concorrenza sleale dalle corporazioni al corporativismo*, en *Pol. dir.* 1974, pp. 64 y ss. y 225 y ss. (del cual existe versión castellana resumida por Rojo en RDM 1976, pp. 7 y ss.).

de acabar por imponerse la tendencia francesa primeramente señalada (crecida en un clima más solidario al desarrollo industrial y mercantil). En este sentido, la óptica individualista de defensa del empresario se consagra definitivamente en el primer cuarto de siglo; es justamente entonces cuando se va percibiendo, cada vez más intensamente, la necesidad de una normativa específica sobre la materia (debido al déficit de la jurisprudencia aquiliana: exigencia de culpabilidad, necesidad del daño, criterios de antijuridicidad inciertos, etc.). Momento capital de esta tendencia será la revisión en La Haya de la legislación unionista de París, con la introducción del artículo 10 *bis*, que contiene una disciplina específica sobre la concurrencia desleal. Pero el exponente máximo de la tendencia protocapitalista vendrá dado por la regulación contenida en el artículo 2.598 del *Codice Civile* de 1942, al declarar en su núm. 3 que incurre en competencia desleal quienquiera que «se valga directa o indirectamente de cualquier [...] medio no conforme a los principios de corrección profesional y [que sea] idóneo para dañar la empresa ajena». Cristaliza así de modo definitivo la defensa de *intereses profesionales* —y el hecho de que el art. 2.595 prescriba que la competencia económica debe desenvolverse sin «lesionar los intereses de la economía nacional» nada desmiente de esta interpretación, sino que más bien es confirmación del espíritu que preside su consagración legislativa: la norma tiene como misión (en el marco del ordenamiento corporativista de 1942) procurar que empresarios singulares no puedan, en razón de intereses privados contingentes, actuar en contraste a la «ley de clase» hecha propia por el Estado. En este sentido, podría acaso decirse que la perspectiva, más que *individualista*, se revela *clasista*, lo cual viene también documentado por el artículo 2.601, que concede legitimación activa en materia de competencia desleal a las asociaciones profesionales de empresarios (5).

3. Interesa ahora examinar cómo esta orientación individualista o clasista que subyace tanto a la evolución como a la configuración legislativa de la disciplina determina la construcción dogmática del instituto desde la óptica del *derecho subjetivo absoluto* (una construcción que se prolongará e incluso pervivirá en nuestros días, aun después de haber cambiado en 1947 el fundamento del sistema anterior con la introducción del art. 41 de la Constitución al que se aludirá más adelante). El punto de partida de la elaboración dogmática reside en el encuadramiento de la disciplina que gobierna la competencia desleal en el marco del artículo 2.043 (como ya se hiciera bajo la vigencia del Código de 1865 en el

(5) GHIDINI, *Slealtà della concorrenza*, cit., pp. 57-78 (passim); v. también SANTAGATA, *Concorrenza sleale*, cit., pp. 92 y ss., para un atento y cumplido examen de las diferencias que corren entre la fórmula unionista y la fórmula codificada en 1942.

art. 1.151). Se encuadra, pues, el acto desleal dentro de la categoría del ilícito extracontractual, en un momento en que la tesis mayoritaria en materia de responsabilidad civil es la llamada *doctrina típica*; una teoría —como se sabe— que requiere la violación de un derecho de carácter absoluto para que proceda la acción de responsabilidad (6). Consecuencia necesaria de semejante planteamiento fue la búsqueda afanosa de un *bien jurídico protegido* por la norma contenida en la cláusula general del artículo 2.598; un «bien» que expresase la existencia de un derecho subjetivo, cuyo sacrificio o lesión provocase la responsabilidad del empresario. Las numerosas respuestas que surgieron para atender a este problema pueden encuadrarse en dos grandes grupos a los que se aludirá en términos generales: por una parte, aquel grupo en el que se incluyen todas las tesis que individualizan un derecho de naturaleza *patrimonial* como objeto de la tutela; por otra, aquel otro grupo de opiniones que cifran el objeto de la protección en un derecho de la *personalidad*.

Dentro del primero se suceden una serie de tesis que identifican el bien jurídico protegido en la *clientela*, el *avviamento*, el *establecimiento* («azienda») y la *empresa* («impresa»). En realidad —se ha dicho muy certeramente—, se trata de opiniones que no presentan una sustancial autonomía las unas respecto de las otras; constituyen más bien formulaciones sucesivas de una misma idea global y unitaria, que se cifra en la construcción de un derecho subjetivo absoluto de carácter patrimonial (7). Pero si esto fuese verdad, si

(6) Cfr. JAEGER, *Valutazione comparativa*, cit., pp. 32-34 y 39-41, y FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1976, pp. 149-150. El problema ya se planteaba en estos términos—salvo escasas excepciones en que se configuraba el ilícito concurrencial como infracción de «normas prohibitivas»— a finales del XIX y principios del XX, en el marco, a nuestro modo de ver, dogmáticamente incorrecto, de la teoría del «abuso del derecho»: v. (ULMER)-SCHRICKEK, *La repressione della concorrenza sleale negli stati membri della CEE*, vol. V, Italia, trad. it., Milano, 1968, pp. 2-3.

(7) Así, entre tantos, JAEGER, *op. ult. cit.*, pp. 11-12. La tesis del *derecho sobre la clientela*, formulada por primera vez por VIVANTE (*La proprietà commerciale della clientela*, en *Riv. dir. comm.* 1928, pp. 493 y ss.), resulta muy criticable, entre otras razones, porque la «clientela» como tal no puede configurarse como un bien objeto de derechos subjetivos, debido fundamentalmente a su naturaleza no constante y variable y sobre todo porque no todos los actos de competencia desleal comportan una desviación de clientela. La propuesta de un *derecho sobre el avviamento* (*avviamento o goodwill*) se debe básicamente a ROTONDI (*Studi di diritto industriale*, Padova, 1957, pp. 122 y ss.). Aparte de las dudas que irremediablemente suscita el mismo concepto de *avviamento* (por lo que le serían aplicables las observaciones anteriores), la crítica central se asienta sobre el hecho de que el ordenamiento, mientras admite y reconoce la propiedad industrial y la propiedad intelectual, otorgando a los titulares derechos absolutos de monopolio sobre tales creaciones inmateriales, no admite la llamada *propiedad comercial*; buena prueba de ello—dice Santini—es que tolera que el propietario o el nuevo arrendatario disfruten del *avviamento* del empresario que abandona el local. La tesis del *establecimiento* (*azienda*) es ideada por FERRARA (*Teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, 1948, esp. pp. 113 y ss.) para intentar superar los inconvenientes de los planteamientos precedentes.

las construcciones fuesen impecables—señalaba ya Santini— las normas represivas de la competencia desleal deberían tutelar el *avviamento*, la clientela o la *azienda* contra cualquier acto de competencia que acarree un *damnum*, fuese este acto leal o desleal; si estas tesis estuviesen en lo cierto, la disciplina de la competencia haría surgir verdaderos *derechos de monopolio*, como sucede con otros bienes inmateriales (piénsese en las marcas o en las patentes). Y es claro —nadie lo pone en duda— que el derecho de la deslealtad no impone ningún deber absoluto de abstención (como hace la legislación sobre la propiedad industrial) (8). Desde este punto de vista, pues, semejantes planteamientos introducen claras fracturas en el sistema tanto desde el punto de vista político-jurídico, como estrictamente técnico-jurídico. Desde el punto de vista *político-jurídico*, porque afirmando la existencia de derechos subjetivos absolutos (aún con excepciones: la competencia leal), se daría ingreso en el sistema a nuevos derechos de monopolio que, en principio, son inadmisibles. Se concebiría la competencia desleal como regla y la leal como excepción, con el resultado final de atribuir un papel marginal al principio constitucional de la libertad de competencia. Además, por supuesto, se llevaría hasta sus últimas consecuencias la tutela individual del empresario, precluyendo la posibilidad normativa de cualquier tipo de protección social (consumidores, pequeña empresa, etc.). Desde el punto de vista *técnico-jurídico*, la tesis arrastraría también disfunciones en el sistema, haciendo extremadamente difícil la distinción entre actos de competencia desleal y aquellos otros que acostumbran a calificarse de *competencia ilícita* —entre nosotros, «competencia prohibida»—; es decir, violaciones de derechos de monopolio o de limitaciones legales o contractuales a la libre competición. Y esta distinción es de importan-

Según este autor, la *azienda*—derecho sobre un complejo de bienes productivos organizados concebido como un bien inmaterial autónomo más que como *universitas*—es el objeto de tutela de la disciplina de la deslealtad. Mas tampoco esta construcción resiste a una crítica severa: parece claro que en el caso del arrendamiento del establecimiento, producido el acto de competencia desleal, el derecho a ser indemnizado le está reconocido al empresario (arrendatario) y no al arrendador a quien lógicamente se le atribuiría acción si en verdad la disciplina de la competencia desleal tutelase la *azienda*. Además, es perfectamente imaginable un empresario sin *azienda*, el cual—como es obvio—no puede ser excluido por ello de la protección que le dispensa la normativa sobre la competencia desleal. Por último, la tesis del *derecho sobre la empresa* (desarrollada básicamente por NICOLO, *Riflessioni sul tema dell'impresa e talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, en *Riv. dir. comm.*, 1956, pp. 177 y ss.) tampoco parece muy consistente, pues le son oponibles argumentos similares a los anteriores. Las consideraciones críticas que hemos apuntado en esta nota pueden perseguirse—con mayor riqueza de particulares—en SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Padova, 1959, pp. 105-110; JAEGER, *op. cit.*, pp. 13-14; ASCARELLI, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, trad. esp., Barcelona, 1970, pp. 171-178; (ULMER)-SCHRICKER, *La repressione della concorrenza sleale*, cit., pp. 41-43, a quienes me remito para ulteriores referencias bibliográficas.

(8) Cfr. SANTINI, *op. cit.*, p. 107.

cia fundamental para comprender el significado de la institución que nos ocupa (9).

Por tanto, dado que el bien tutelado no se puede buscar en la «competencia», será necesario hacerlo en la «deslealtad»: surge así la tesis del *derecho de la personalidad*, en un claro intento de superar las contradicciones e inconvenientes de las formulaciones patrimonialistas. Se trata de configurar un derecho subjetivo lo suficientemente elástico como para adaptarse a los límites insalvables de la «competencia leal». La tesis podría formularse de esta manera: la ley atribuye a cada empresario competidor un derecho subjetivo a la abstención por parte de los concurrentes de llevar a cabo actos calificados de desleales, cuyo contenido positivo sería asegurar una «probabilidad de ganancia». «Es un derecho de la personalidad —señala su más autorizado patrocinador (10)— [...] precisamente porque no requiere ningún particular supuesto de hecho constitutivo (pues se vincula) directamente a la existencia del sujeto, que de por sí goza a su vez de la posibilidad de ejercer una actividad empresarial». De ello, además, se derivan ciertas características como pueden ser su «no comercialidad», su «irrenunciabilidad», etc.

Però tampoco esta formulación ha quedado sin crítica. Crítica que, en síntesis, puede reconducirse a una doble observación. Por una parte, la construcción resulta a todas luces inútil; desde el momento en que el reconocimiento de un derecho subjetivo no ofrece ninguna pauta para delimitar la competencia desleal de la leal, dicho criterio distintivo ha de buscarse en otras sedes, lo cual pone de manifiesto que la elaboración dogmática no es más que «una superestructura superflua y carente de valor para el intérprete». Por otra parte, la circunstancia misma de que su más autorizado sostenedor haya manifestado notables incertidumbres acerca de la distinción entre competencia *desleal* y competencia *ilícita*, considerando el derecho de la personalidad a la luz de los derechos de monopolio —como límite absoluto de la libre competencia—, induce a una cierta preocupación sobre los reflejos político-jurídicos negativos de dicha tesis (11).

4. Este problema del *bien jurídico tutelado* (un problema claramente alemán en materia de responsabilidad civil, pues como es bien sabido el § 823 del B. G. B. requiere taxativamente la vulneración de un derecho subjetivo absoluto) es un problema que en Italia, hoy por hoy, debe considerarse superado. Aparte de las críticas ya avanzadas, en todas esas construcciones se acusa el

(9) Cfr. JAEGER, *op. cit.*, pp. 21-23.

(10) ASCARELLI, *Teoria de la concorrenza*, cit., p. 186; v. también GUGLIEMMETTI, *La concorrenza e i consorzi*, en VASALLI (diretto da) *Trattato di diritto civile*, Torino, 1970, pp. 12 y ss.

(11) Cfr. JAEGER, *op. cit.*, p. 27 y SANTINI, *op. cit.*, pp. 111-112.

déficit metodológico más característico de la *Begriffsjurisprudenz* y del «método de inversión». En efecto, como no habrá pasado desapercibido, las formulaciones examinadas se proponen (como una cuestión que se determina *a priori*) identificar un determinado «bien» con preferencia sobre otros como objeto de tutela de la disciplina, en lugar de derivar las conclusiones directamente del dato normativo (12). A la superación de este *modus operandi* contribuyó de manera decisiva una monografía de los años cincuenta, cuyas conclusiones sólo muy recientemente han sido mayoritariamente acogidas. Configurando la norma contenida en el artículo 2.598 del *Codice Civile* como una *norma primaria* (y negando la existencia de derechos subjetivos absolutos a favor del empresario), se llega a la conclusión de que las normas que gobiernan la competencia desleal sancionan la violación de deberes y no el ataque de posiciones jurídicas subjetivas. Nos encontramos, en realidad, frente a normas que —como las reglas consuetudinarias y las reglas morales— son por excelencia *reglas objetivas*. Son reglas de conducta (*Verhaltensnormen*) que no hacen surgir derechos subjetivos (en ese caso estaríamos ante normas atributivas *Gewahrungsnormen*) (13). Se trata, por consiguiente, de normas que realizan una tutela objetiva (inspirada en el interés público general) y que regulan únicamente la conducta de los competidores, sin por ello atribuir derechos absolutos; de su violación sólo pueden originarse situaciones subjetivas que no preceden a la norma, sino que nacen cabalmente de su infracción (14). Ahora bien, afirmar que la

(12) «Semejante orientación—señala RODOTA, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1962, p. 188—[...] seguramente es discutible desde el punto de vista teórico, ya que el concepto de derecho subjetivo acaba por vanificarse en un puro *nomen*, pudiendo muy bien ser utilizado para designar situaciones diversísimas entre ellas, unificables sólo bajo un aspecto externo, como es la posibilidad común de fundar una acción en el caso de que se haya producido un daño injusto. Y el error metodológico se convierte en un inconveniente de carácter práctico desde el momento en que la indiscriminada ampliación de derechos subjetivos absolutos, realizada *a posteriori* a través del expediente de la protección contra los daños, hace desaparecer precisamente la utilidad de la referencia a la noción de derecho subjetivo absoluto, que consistía, cabalmente en circunscribir la operatividad de la disciplina de la responsabilidad civil sólo a los casos en que ya estuviese reconocido por el ordenamiento un derecho subjetivo absoluto».

(13) Me refiero a la obra de SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, cit., pp. 115-118. La tesis allí contenida puede considerarse hoy doctrina dominante: v. MANGINI, *Iniziativa economica pubblica e concorrenza sleale*, en *Riv. soc.*, 1974, p. 463; (AULETTA)-MANGINI, *op. cit.*, pp. 141-144; FERRI, *Manuale*, cit., pp. 150-151; JAEGER, *op. cit.*, pp. 40-41; SANTAGATA, *Concorrenza sleale*, cit., pp. 34 y ss.; MARCHETTI, *Boicottaggio*, cit., p. 207.

(14) PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazione soggettive*, Milano, 1964, vol. I, p. 63. La tesis *jurídico-objetiva* sólo encuentra un argumento en contra: la concesión de una *acción inhibitoria* a favor de empresario concurrente sería prueba—se dice—de la existencia de un derecho subjetivo atribuido por la norma del artículo 2.598 (cfr. ASCARELLI, *Teoria de la concorrenza*, cit., p. 185). No parece, sin embargo, que se trate de un obstáculo insuperable. Existen otros supuestos en el ordenamiento en que la acción inhibitoria viene concedida no al titular de un derecho, sino al por-

disciplina de la competencia desleal atañe a la violación de deberes o que se dirige a garantizar las «reglas del juego» no es decir mucho. Hay que indagar también por qué se imponen tales deberes, en interés de quién se establecen. Y por lo que respecta a estas cuestiones, es menester declarar que la doctrina «clásica» no había avanzado gran cosa en esa difícil marcha hacia una eficaz tutela del consumidor y de los intereses colectivos. Se quedaba en fórmulas meramente retóricas, tales como «la protección del consumidor a través de la protección del empresario» (que actuaría como un *vicarius avenger* de aquél); «protección directa del empresario e indirecta de la colectividad», etc. (15).

5. Será la nueva literatura quien habrá de ocuparse de investigar mecanismos más eficaces de tutela de la parte débil en las relaciones características del mercado. Para ello partirá del panorama doctrinal preexistente —justamente ese cuyas líneas generales hemos intentado trazar en los epígrafes precedentes. Pero asimismo partirá de la consideración de las nuevas circunstancias externas. Con la caída del ordenamiento corporativo, la normativa del *Codice Civile* venía a situarse (primero en sentido material y después —con la Constitución republicana de 1947— también en sentido formal) en un ordenamiento diverso de la sociedad política que, mientras mantiene el principio de *libertad de empresa* como columna fundamental del sistema económico, todavía quiere condicionar su ejercicio en vista de la tutela de otros intereses y de otros valores, que se reconocen en conflicto con los propios de la corporación empresarial y a los que se sobreordenan. En efecto, el artículo 41 de la Constitución —norma cardinal de la constitución económica italiana— declara que «[L]a iniciativa económica es *libre*», para añadir a continuación que, sin embargo, «[N]o puede desenvolverse el contraste con la *utilidad social* o de forma tal que cause daño a la seguridad, a la libertad o a la dignidad humana». Este precepto consagra el programa característico del Estado social de derecho, en cuyo seno —y en tensión— conviven dos formas de organización social: la norma económica (concurrential) y la norma tuitiva (de intervención) (16). A pesar de todo, hasta hace no muchos años, la previsión constitucional aludida viene interpretada como un simple hecho a reconducir a los esque-

tador de un simple interés, amenazado por una actividad ajena. De los artículos 1.171 y 1.172 del *Codice Civile* nacen, en efecto, acciones que se conceden no sólo al propietario cuando teme un daño para la cosa objeto de su derecho, sino también al poseedor cuando asimismo sienta amenazada la *res* objeto de su posesión. La inhibitoria, en este caso, tutela un simple interés y ningún derecho subjetivo (cfr. SANTINI, *op. cit.*, pp. 122-123; *amplius*, FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974, pp. 142 y ss.).

(15) Cfr. JAEGER, *Valutazione comparativa*, cit., pp. 45-46.

(16) Cfr. GHIDINI, *Slealtà della concorrenza*, cit., pp. 80 y ss. e *ibi*. ultteriores indicaciones sobre toda esta compleja problemática.

mas tradicionales, más que como lo que realmente es: un dato modificador del entero sistema. La literatura moderna a la que quiero referirme se unifica en este punto y, por consiguiente, se acomoda a la necesidad de controlar la actividad privada de acuerdo con los cánones que se desprenden de la carta constitucional.

En ella se observa un denodado esfuerzo por configurar la disciplina de la competencia desleal de una manera más progresiva y por adecuar la escala de intereses vigentes en este sector del ordenamiento a la actual graduación constitucional, en un claro intento de enervar así el diverso orden de prioridad que había cristalizado en la praxis judicial y doctrinal. El punto de partida indeclinable de todos estos nuevos estudios puede cifrarse, por tanto, en el *propósito de sustituir una visión puramente individualista de la disciplina*, para hacerla más sensible a la consideración de los intereses de más amplias categorías de sujetos (17). En esta dirección, con la asunción de la naturaleza *jurídico-objetiva* a que había llegado la doctrina antecedente (v. *retro*, n. 4), se había dado un primer paso adelante para levantar los pilares teóricos sobre los que poder fundar una rigurosa ampliación de la esfera tuitiva. El paso siguiente para una verdadera materialización de la *función social del derecho de la competencia* (en la que el consumidor deja de ser «un simple objeto de dominio y coordinación de la actividad empresarial») (18) se busca a través de dos vías que deben ser cuidadosamente delimitadas: a través de la primera el interés público (básicamente, del consumo) entra como *objeto directo* de la protección; a través de la segunda, como *factor de valoración* de los intereses privados en conflicto (19).

(17) Cfr. MANGINI, *Iniziativa economica pubblica*, cit., p. 462. Se trata de un ejemplo más en el que, en ausencia de modelos precisos de intervención legislativa, la doctrina ha elaborado técnicas de *consumer protection* para ofrecer al público, por así decirlo, una tutela indirecta, recurriendo a la disciplina de institutos surgidos en función de la protección de intereses empresariales [cfr. críticamente, ALPA-BESSONE-CARNEVALI-GHIDINI, *Tutela giuridica di interessi diffusi, con particolare riguardo alla protezione dei consumatori. Aspetti privatistici*, en GAMBARO (a cura di), *La tutela degli interessi diffusi*, Milano, 1976, pp. 187 y ss.]. Para un análisis de las motivaciones a nivel ideológico y económico de este cambio de perspectiva, me remito a SANTAGATA, *op. cit.*, pp. 36 y ss.

(18) La frase es de TROCKER, *La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi* (a cura di) en GAMBARO, *op. ult. cit.*, p. 479. En términos similares se expresa Ghidini, quien pone de relieve que el interés del consumidor «es el de superar la subalternidad de la condición actual; el de ser sujeto y no (como actualmente sucede) objeto del proceso y de las relaciones de consumo» (GHIDINI, *Per i consumatori*, Bologna, 1977, p. 57).

(19) La distinción es de KRAFT, *Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht*, München-Berlin, 1963, pp. 202-203 (que hemos confrontado por la cita de JAEGER, *op. cit.*, p. 51). Hay que destacar, por otra parte, que la doctrina más tradicional—justamente aquella que participa en la discusión del *Rechtsgut*—no hacía entrar el interés público por ninguna de las vías mencionadas. Estas palabras de Ferrara son paradigmáticas en este sentido de toda una concepción *liberista* de la disciplina: «en este fenómeno de la competencia, el aspecto que primeramente ha llamado la atención del legislador ha sido el *interés de los mismos operadores eco-*

6. Refiriéndonos a la primera de las vías ensayadas, hay que comenzar señalando que ha sido rechazada frontalmente por la mayoría de la doctrina; ésta, aun pronunciándose de *iure condendo* por la oportunidad de su recepción, no la acepta de *lege data*. El argumento fundamental que se aduce en contra es que la legitimación activa en materia de competencia desleal está legislativamente reservada a los competidores dañados por la conducta ilícita y no se reconoce a favor de ningún sujeto en el que pueda verse un representante del interés de los consumidores o de la generalidad: el texto del artículo 2.601 del *Codice Civile* es claro a este respecto (20). Un autor, sin embargo, se ha manifestado con cierta consistencia frente a esta opinión preclusiva (21). Después de efectuar

nómicos [...] No es que no se fuese consciente de las ventajas derivadas de la concurrencia para la colectividad, pero se ha pensado que tales ventajas derivarían automáticamente de la tutela del interés de los operadores económicos, por lo cual al mismo (al interés general) no se le ha destacado, permaneciendo en un segundo plano. Y esto ha sucedido ante todo con la prohibición de los actos de competencia desleal» (FERRARA, *La tutela della libertà della concorrenza nel diritto italiano*, en AA.VV., *La libertà di concorrenza*, Milano, 1970, p. 17. Para una aguda crítica de esta visión del competidor como *vicarious avenger* del consumidor, me remito a SANTAGATA, *op. cit.*, pp. 39 y ss., y a PARDOLESI, *Impresa, mercato e intervento statale*, en LIPARI, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Bari, 1974, p. 733 e *ibi* ulterior información. De esta última obra existe trad. esp., Bolonia, 1981).

(20) V., por todos (ULMER)-SCHRICKER, *La repressione della concorrenza sleale*, cit., pp. 41 y ss., con abundante información. Por otra parte, me remito a GHIDINI, *La concorrenza sleale dalle corporazioni al corporativismo*, cit., pp. 225 y ss., para una reconstrucción histórico-ideológica del referido precepto sobre la legitimación activa.

(21) Me refiero a SANTAGATA, *Le nuove prospettive della disciplina*, cit. pp. 141 y ss. En este trabajo ensayaba el autor por primera vez su tesis, invirtiendo para ello la visión tradicional. Se venía a decir que, una vez demostrado y admitido que el interés protegido es el del consumidor (v. texto sucesivo), se seguiría la necesidad lógica de darle también legitimación procesal activa; conclusión que vendría permitida por las palabras del artículo 100 del *Codice di procedura civile*, a cuyo tenor «*per proporre una domanda [...] è necessario avervi interesse*» (cfr. también, SANTAGATA, *Concorrenza sleale*, cit., p. 49 y más analíticamente, SANTAGATA, *Concorrenza sleale e trasparenza del mercato*, Padova, 1979, pp. 132-133). En este punto, sin embargo, convergen muchas dificultades. La doctrina procesalista es unánime sobre el hecho de que un concreto *interesse ad agire*, requerido para la admisibilidad de una demanda judicial, por parte de quien está abstractamente legitimado para interponerla, no puede atribuir tal legitimación a quien no lo posea (cfr. PARDOLESI, *Impresa, mercato e intervento statale*, cit., p. 734; v. asimismo JAEGER, *I soggetti della concorrenza sleale*, en *Riv. dir. ind.*, 1971, pp. 171 y ss., quien, sin embargo y en función de su propia reconstrucción (v. *infra*, n. 9), todavía se muestra propenso a la «legitimidad de una intervención del Ministerio fiscal en los procesos de competencia desleal, ex artículo 70, párrafo 3.º del *Codice di procedura civile*, bajo la perspectiva del 'interés público'» (*ibi*, pp. 173-174, con ulteriores indicaciones). Otros autores— aun manifestándose abiertamente contra el artículo 2.601—entienden que, hoy por hoy, la normativa codificada corta el paso a otras alternativas «publicistas»: v. TROCKER, *La tutela giurisdizionale*, cit., pp. 479 y ss. Este autor escribe que «[U]na vez admitido que, en el plano sustancial, el interés protegido [...] es también el público [...], el monopolio de la acción en materia de intereses tutelables en esta disciplina no debería ya ser concedido sólo a los competidores singulares y a las

una aguda valoración crítica de las soluciones imperantes que reducen la finilidad de la disciplina a la composición de conflictos interempresariales (en las que, por ende, los intereses de los consumidores no reciben sino una tutela *indirecta*), descubre el dato positivo que permite una construcción diversa —una apertura sustancial en la individualización de los intereses protegidos— en el n. 3 del párrafo 3.º del artículo 10 *bis* del Convenio de la Unión de París (22). En esta disposición —viene a decirse— se reprimen (como desleales las conductas que consistan en suministrar) indicaciones susceptibles de *induire le public en erreur*. Lo que equivale a decir que se margina una referencia inmediata a los empresarios concurrentes (la normal y regular en la disciplina «clásica») y se enuncia una llamada frontal a los consumidores. La situación de conflicto se traslada de este modo *desde el plano de las relaciones entre empresarios competidores* al nivel de las *relaciones de mercado entre empresario y público* (23). Por consiguiente —afirma Santagata—, la normativa que gobierna la competencia desleal se enriquece con una perspectiva conflictual nueva y diferente, ampliándose sustancialmente la que era su función originaria. La tendencia de fondo que expresa la consagración de esta nueva hipótesis típica de concurrencia desleal remite a un *nuevo objetivo* de la disciplina, que podría formularse así: función represora de las alteraciones artificiosas de la *libertad de mercado* en su incidencia tanto a nivel de oferta (acceso al mercado en condiciones de igualdad) como en el plano de la demanda (tutela del consumidor frente a todos aquellos fenómenos que puedan distorsionar

categorías empresariales organizadas» (*ibi*, p. 480). Y pone de relieve que, en el plano operativo, la ampliación del ámbito subjetivo de la legitimación «podría acaso realizarse con un pronunciamiento 'integrativo' de la Corte Constitucional, que declarase la ilegitimidad del artículo 2.601 en la parte en que no abre vía judicial a los consumidores» (*ibi*, p. 482). Así también GHIDINI, *Slealtà della concorrenza*, cit., pp. 196 y ss. Se pone allí de manifiesto que la «exclusividad corporativa» del artículo 2.601 no es sólo una injusticia consumada del legislador ordinario, sino que también representa una «contradicción lógico-jurídica *interna* del sistema legislativo, en pleno contraste con el principio de igualdad, sancionado por el párrafo 1.º del artículo 3 de la Constitución» (*ibi*, p. 200) y «una injustificada disparidad de trato en perjuicio de sujetos portadores de intereses constitucionalmente relevantes (en cuanto que son reconducibles a la esfera de la 'utilidad social')» (*ibi*, p. 202). Propone, en consecuencia, también una «pronuncia *aditiva*» que declare la inconstitucionalidad de la disciplina positiva, en cuanto que no contempla como titulares de legitimación a sujetos extra-empresariales. Una propuesta similar —y más información— puede recabarse de UBERTAZZI, *Die Klagebezugnis der Verbraucherverbände nach europaischem und italienischem Wettbewerbsrecht*, en GRURInt, 1979, pp. 80 y ss.

(22) Revisión de Lisboa de 1958, ratificado por Italia por Ley de 4 de julio de 1967, núm. 676, cuyo texto establece el compromiso de los Estados unionistas a reprimir en particular «*les indications ou allégations dont l'usage, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises*».

(23) Cfr. SANTAGATA, *Concorrenza sleale e interessi protetti*, cit., p. 19.

su elección) (24). Con esto —y la sucesiva demostración de la relevancia del nuevo precepto unionista en el derecho interno (25)— se formulan las bases de una teoría del derecho de la deslealtad que supera los presupuestos liberales que la habían inspirado y que desborda de modo manifiesto la formalización de los intereses en juego que había operado el Estado liberal de derecho, hoy igualmente sobrepasado. Así, la propuesta, fuertemente heterodoxa, «suenan como denuncia urgente de un sistema que en los hechos promueve los intereses empresariales y desatiende los del público» (26).

A esta argumentación fundamental derivada del artículo 10 *bis*, se suman otras consideraciones, entre las que, por la importancia que asumen en el discurso, destacaríamos dos: La primera de ellas hace referencia a la disciplina codificada de la concurrencia. En ella —se arguye— puede percibirse ya el ocaso de la orgánica dialéctica individualista, pues en algunos de sus preceptos se registra una tendencia marcadamente *iuspublicista*; paradigmático resulta a este respecto el ya citado artículo 2.595, conforme al cual «[L]a concurrencia debe desenvolverse sin lesionar los intereses de la economía nacional...». Esta norma pone de relieve muy claramente la subordinación (o funcionalización) de la competencia a la consecución del interés general (en la definición fascista). Y la misma idea se constata en la *Relazione al Codice Civile*; la economía corporativa, se dice allí, «ya no confía su equilibrio al juego automático de los intereses individuales —a la *invisible hand* smithiana—, sino a la coordinación unitaria y racional de las fuerzas productivas, bajo el control del Estado» (27). El significado de este nuevo entendimiento de la competencia es importante para la configuración de nuestra disciplina, pues con él entra en crisis otro de los grandes postulados en que se apoyaba la construcción clásica y que fuera teorizado básicamente por los tratadistas alemanes: la *neutralidad político-económica* de la normativa reguladora de la competencia desleal (28). El legislador del 42, al codificar las reglas de la concurrencia, perseguía el objetivo ulterior de articular la disciplina en el cuadro de más amplias y precisas directrices de política económica que trascendían manifiestamente la simple composición de intereses empresariales eventualmente contrapuestos (29). Así se explica la incidencia de esta normativa en el ámbito de la *libertad de mercado*. Sin embargo, por ahora, en el discurso lógico (e histórico) que traza Santagata, los principios de corrección profesional (*correttezza professionale*) a que se remite la cláusula general, se inscriben —como no habrá pasado desapercibido—

(24) *Ibid.*, pp. 26-27.

(25) *Ibid.*, pp. 54 y ss. En contra (ULMER)-SCHRICKER, *La repressione della concorrenza sleale*, cit., p. 190.

(26) Así, PARDOLESSI, *op. loc. últt. citt.*

(27) SANTAGATA, *op. cit.*, p. 148 (y también pp. 130 y ss.).

(28) *Ibid.*, pp. 159 y ss. 293 y ss.

(29) *Ibid.*, pp. 161-162 y 205.

en la solidaridad corporativa; por lo que se hace necesario pasar a la solidaridad social que inaugura la carta constitucional de 1947 (30). Entramos así en la segunda consideración a que nos referíamos hace un momento y que constituye, sin lugar a dudas, el punto vertebral de la nueva construcción.

Partiendo de la tesis de la *funcionalización de la empresa* que operaría el artículo 41 de la Constitución (31), se entiende que la eficacia de la disciplina constitucional no se debe limitar a una simple superposición parcial de un modelo axiológico diverso, sino que por el contrario debe comportar una inmediata *cualificación normativa de las conductas concurrentiales* (32). Esta inmediata y derecha eficacia preceptiva del artículo 41 (en claro contraste con el art. 2.595 del *Codice Civile* al que aludíamos hace un momento) llena de sentido *nuevo* la normativa codificada: el interés social se impone sobre el interés corporativo (sobre la «ley de clase»). El dictado constitucional en conclusión, justificaría una genérica sobreordenación de los intereses de la colectividad de los consumidores respecto de aquellos propios de los empresarios (33). Mas decir esto poco nos ayuda para comprender las dimensiones concretas y operativas de la disciplina. De la normativa constitucional el intérprete sólo puede recabar un *criterio de base*; por lo que resulta imprescindible una precisión normativa de los intereses protegidos por la fórmula de la «utilidad social» que utiliza la constitución. A este respecto —señala Santagata— se requiere una rigurosa selección de aquellos índices normativos que sean coherentes con el mandato constitucional y que al mismo tiempo presenten un grado

(30) *Ibid.*, p. 170.

(31) Se trata éste de un punto debatidísimo en la doctrina italiana. En síntesis, *funcionalización de la empresa* significa requerir que cualquier actividad empresarial, constitutivamente, contribuya de un modo positivo a la realización de la utilidad social; lo que paralelamente comporta la posibilidad, por parte del juez ordinario, de enjuiciar—sin necesidad de la mediación del derecho ordinario—la coherencia de una determinada conducta a la referida «utilidad social». Merecen destacarse en favor de esta tesis, BELVISO, *Il concetto di iniziativa economica privata nella Costituzione*, en *Riv. dir. civ.*, 1961, pp. 153 y ss.; NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, vol. I, Milano, 1955, según quien—muy claramente expuesto—la actividad privada sólo es legítima en cuanto socialmente útil (cfr. *ibi*, pp. 89 y ss.); RODOTA, *Note critiche sul tema di proprietà*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, pp. 1.287 y ss. Para una información más completa me remito a SANTAGATA, *op. últ. cit.*, p. 173, nota 91. Más recientemente, son de gran interés CAVALIERI, *Iniziativa economica privata e costituzione «vivente»*, Padova, 1978, pp. 18 y ss. [con completísima información del desarrollo que ha recibido el tema en las diversas sedes judiciales (constitucional, ordinaria y administrativa)] (*ibi*, pp. 79 y ss.) y también, DE CARLI, *Costituzione e attività economiche*, Padova, 1978, pp. 145 y ss. A mi juicio, el problema no puede ser suficientemente contestado en el plano de las argumentaciones técnico-formales; es un problema, cuya naturaleza aparece *necesariamente* «política» (cfr. PARDOLESI, *op. cit.*, p. 708).

(32) Cfr. SANTAGATA, *op. cit.*, pp. 180 y ss.

(33) *Ibid.*, p. 186. En el sentido de que en la utilidad social se comprende cualquier especie de interés público, v. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, p. 177.

de generalidad lo suficientemente amplio como para consentir la deducción de criterios directivos válidos en la específica materia de la concurrencia desleal. Tales requisitos parece reunirlos la disciplina *antitrust* comunitaria (arts. 85 y 86 del Tratado de Roma) y, más en concreto, el precepto que regula las condiciones de exención (el n. 3 del art. 85, la *rule of reason* positiva del derecho antimonolítico europeo). En el análisis de esta norma (34) ya no resulta difícil identificar cuáles son los «intereses generales» protegidos por las normas reguladoras de la competencia desleal y cuál resulta ser su enfoque correcto. Estos *intereses generales* (que traducen la fórmula genérica del art. 41) no coinciden exactamente con los intereses de los consumidores, ni con los de los empresarios, ni siquiera con los intereses estructurales de la economía. El artículo 85, 3, dibuja más bien un *modelo transaccional* de todos ellos. Semejante modelo podría expresarse en la siguiente cita que transcribo: la norma del artículo 85, núm. 3, sanciona «la dialéctica entre la tendencia al beneficio de los empresarios (*animus lucrandi*) y la aspiración de los consumidores a participar en las ventajas que derivan de sus iniciativas anticoncurrenciales; y más en profundidad, entre los intereses de los diversos operadores a la conservación de la estructura de mercado y las tendencias —de las cuales se hacen portadores los participantes en los carteles— de racionalización de la producción y de la distribución cuyas peculiares modalidades de realización pueden entrar en conflicto con la instancia de la libertad individual de competencia» (35). En definitiva parece claro cuáles son los intereses que reclaman protección en sede de competencia desleal: ni sólo el propio de los consumidores ni exclusivamente el de los empresarios; se exige pues una evaluación conjunta de todos ellos y aún de otros estructurales del Estado (generales pero a largo plazo que es la óptica característica del orden público).

El tono —y la construcción— del discurso parecerá, sin duda, muy abstracto; y seguramente lo es. Ello no quiere decir, sin embargo, que carezca de eficacia operativa. Más adelante (v. *infra*, n. 11) intentaremos ejemplificar estas nociones generales por referencia a hipótesis típicas de actos de competencia desleal y esperamos que allí pueda percibirse la «razón práctica» que subyace a estas reconstrucciones del paradigma de la lealtad competitiva. Ahora —y antes de proseguir con el examen de otros planteamientos asimismo «críticos»— conviene revisar la congruencia de la argumentación expuesta; probar su rigor a la luz de «otra visión» de las cosas. Ello porque parece que al menos dos de los momentos claves de la argumentación manifiestan cierta debilidad. Así, por una parte, resulta cuando menos dudoso que el artículo 10 *bis* del Convenio de París (en el n. 3 del párrafo 3.º) —que, como sabemos, constituye el punto de partida en la elaboración— admita una lec-

(34) Cfr. SANTAGATA, *op. cit.*, pp. 200 y ss., 210 y 273-288.

(35) *Ibid.*, pp. 289-290.

tura tan radical como la que efectúa Santagata. En efecto, una reconstrucción de los elementos constitutivos del *typus* de la publicidad insincera pone necesariamente en primer plano, junto a la falsedad de la afirmación publicitaria, el elemento de la *idoneidad para engañar* (36). Y si esta interpretación no es incorrecta, por fuerza hemos de admitir que el consumidor ya no juega o desenvuelve el papel jurídico (normativo) de portador de un interés directamente protegido—que le legitimaría activamente para dirigirse contra el empresario—, sino que desempeña la función más modesta de ofrecer el índice de engañabilidad de la *réclame*, en cuanto sujeto último que es de toda actividad económica. En esta visión de las cosas, se observa con claridad meridiana que la referencia a la idoneidad del acto para *induire le public en erreur* no parece tener otro significado que el de describir completamente el supuesto de hecho contemplado por la norma (37), permaneciendo fuera de la previsión normativa la *directa* tutela del consumidor (38).

Pero es que además —limitándonos a las referencias mínimas— toda la ulterior construcción se hace descansar sobre una hipotética funcionalización de la actividad empresarial, que realizaría el artículo 41 de la Constitución. Se trata —según queda dicho— de una hipótesis muy discutible, que pone en peligro la consistencia de todo el razonamiento sucesivo (39). Por dos razones;

(36) Cfr. MANGINI, *Iniziativa economica pubblica*, cit., p. 469.

(37) *Ibidem*.

(38) A estas objeciones ha contestado SANTAGATA, *Concorrenza sleale e trasparenza di mercato*, cit., pp. 125-129.

Otra cosa es —con respecto a la tesis de Santagata— que las proposiciones normativas a través de las cuales se juzga la licitud de la publicidad insincera—esto es (i) la publicidad insincera contradice los intereses del «sistema» de mercado, en cuanto que genera desconfianza en su capacidad para representar los valores objetivos de las prestaciones; y (ii) se opone a la utilidad social, en cuanto que obstaculiza el ejercicio de la libertad individual de elección económica (cfr. GHIDINI, *Slealtà della concorrenza*, cit., pp. 166-167)—acojan como parámetros de enjuiciamiento las valoraciones constitucionales, en un sentido al que nos referiremos más tarde (v. *infra*, n. 10).

(39) No admiten la funcionalización, entre otros, ASCARELLI, *Teoria de la concorrenza*, cit., pp. 24-25; FERRI, *Manuale*, cit., p. 23; GHIDINI, *Slealtà della concorrenza*, cit., pp. 90 y ss.; JAEGER, *Valutazione comparativa*, cit., pp. 131 y ss.; MARCHETTI, *Boicottaggio*, cit., pp. 91 y ss.; MINERVINI, *Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata*, en *Riv. dir. civ.* 1958, pp. 618 y ss.; SENA, *Il boicottaggio*, Milano, 1970, pp. 116 y ss. Más información en MARCHETTI, *op. ult. cit.*, p. 91, nota 52. Recientemente—y con abundantes referencias a la doctrina constitucionalista y administrativa—, v. CAVALIERI, *Iniziativa economica privata e costituzione vivente*, cit., pp. 18 y ss.; también BARRESI y COMUNALE, *Libertà de iniziativa economica e utilità sociale*, en *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Bologna, 1969, pp. 203 y ss. Interesa poner de manifiesto que, sin embargo, y por lo que concierne a la doctrina industrialista que está a la base de estas reflexiones, aunque se niegue la funcionalización, se admite la directa eficacia interpretativa del precepto constitucional en la materia: v. GHIDINI, *op. ult. cit.*, p. 90 (e *infra*, n. 10); JAEGER, *op. cit.*, p. 133; SENA, *op. ult. cit.*, p. 133. Una especial atención debe prestarse a la posición de Galgano, según quien la norma del párrafo 2.º del artículo 41 de la Constitu-

primero, porque opera un muy dudoso salto lógico: el límite externo de la actividad económica (la utilidad social) resulta configurado como *esencia* de la misma actividad (40). Segundo, porque la inmediata eficacia preceptiva del artículo 41 vendría en definitiva a atribuir al juez un poder de establecer la conformidad o disconformidad de la praxis empresarial a la «utilidad social» y, por consiguiente, vendría a conferirle también un poder de fijar criterios de control, que el mismo artículo 41, en su párrafo 3.º reserva a la ley (41). «Significaría, en realidad, obligar a los particulares a adivinar las normas que incumbiría crear al juez: el contraste de semejante conclusión con los principios del Estado de derecho no puede menos de inducir a dudar de la directa eficacia imperativa del precepto constitucional» (42). Lo que rectamente entendido no significa tampoco que quede impedido el establecimiento de una función material de la constitución para la interpretación de las normas ordinarias, que deben ser aplicadas en el caso concreto (43). Así en materia de competencia desleal, ciertamente hay que canalizar hacia la cláusula general los principios de la constitución económica; mas su *modo de transformación* en derecho de la deslealtad debe ser cuidadosamente delimitado: tales criterios deben actuar como *criterios-limite* y no como *criterios directivos*. Es decir, la deslealtad de una determinada actividad provendrá únicamente de la trasgresión *absoluta* de los intereses que caben dentro

ción tiene como destinatarios a los órganos legislativos del Estado: «será la ley quien deberá valorar lo que corresponde y lo que, en cambio, contrasta con la utilidad social» (GALGANO, *L'imprenditore*, Bologna, 1978, p. 103). «Formular esta conclusión—añade— no significa [...] declararse contrario a una funcionalización de la iniciativa económica privada a la utilidad social; significa más bien oponerse a la idea de que la iniciativa económica privada haya sido ya funcionalizada por el artículo 41, párrafo 2.º de la Constitución». La razón consiste en que es la ley —«que es elaborada por las asambleas elegidas, directa emanación de la soberanía popular»— quien permite, con la participación política de los ciudadanos y el debate de las fuerzas políticas (quien permite, decíamos) establecer de manera más adecuada la coherencia entre actividad económica y la utilidad social (cfr. GALGANO, *Le istituzioni dell'economia di transizione*, Roma, 1978, pp. 84-85). Y ello en la inteligencia de que sólo así se alcanzará una funcionalización *real* y *democrática* (v. también GALGANO, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, en GALGANO, (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. I, Padova, 1977, pp. 551 y ss. y GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., pp. 184-185).

(40) Cfr. GALGANO, *La libertà di iniziativa economica privata*, cit., pp. 513-514.

(41) Cfr. GALGANO, *Le istituzioni dell'economia*, cit., *loc. cit.*, y MARCHETTI, *Boicottaggio*, cit., pp. 91-92.

(42) Cfr. MINERVINI, *Contro la funzionalizzazione*, cit., p. 623. El mismo autor pone de relieve que semejante orientación funcionalizadora resulta «incluso en el plano político escasamente aprobable» en cuanto que la «reivindicación de los institutos previstos por la Constitución debe ser clara y fuerte: la instancia no debe ser debilitada por la puesta en funcionamiento de subrogados» (*ibi*, p. 636). V. también GALGANO, *op. ult. cit.*, pp. 84 y ss. y DE CARLI, *Costituzione e attività economiche*, cit., pp. 151 y ss.

(43) Cfr. GHIDINI, *op. ult. cit.*, pp. 121-122. Críticamente, SENA, *Boicottaggio*, cit., pp. 124 y ss.

de la fórmula de la utilidad social; y no —como pretendería Santagata— de la ausencia de utilidad social en la conducta (que supondría predicar la licitud del acto sólo en cuanto contribuya positivamente a la utilidad social). Por otra parte, la deslealtad se produciría automáticamente cuando se lesionase *absolutamente* alguno de los intereses tutelados por la constitución económica: cuando se lesionase la *libertad económica* o la *utilidad social*, que, en este sentido, funcionan como criterios autosuficientes (44).

Las consideraciones críticas avanzadas no excluyen sin embargo, la adhesión a otras manifestaciones también recientes que tienden asimismo a afirmar la relevancia en la disciplina de la competencia desleal de intereses no exclusivamente individuales; esta vez, empero, tales intereses (en síntesis: públicos) se contemplan, no como objeto directo de la tutela, sino como «parámetros de valoración de los intereses privados en conflicto» (45).

7. En esta perspectiva—que niega la posibilidad de estimar un interés público como objeto directo de protección en razón a insalvables límites positivos, pero que al mismo tiempo abre de modo *riguroso* la disciplina a la tutela de otras categorías de sujetos (46)—, en esta nueva perspectiva, decíamos, puede ser ahora el momento de considerar dos elaborados proyectos, cuya característica común consiste en entender la cláusula general no como una norma de *heterointegración*, sino de *autointegración*. El problema fundamental que discutiremos ahora remite al segundo punto, que configura —según anticipábamos al principio— un paradigma sobre la competencia desleal: el problema relativo a los criterios conforme a los cuales se habrá de operar el juicio de deslealtad. Problema que acaso sea el capital de la materia. Y a este respecto es preciso avanzar que calificar la cláusula general como una norma de autointegración significa entender que los *standars* de enjuiciamiento de lealtad competitiva se encuentran dentro del ordenamiento y no fuera; significa afirmar que la cláusula general no reenvía a otros ordenamientos (*scil*: extrajurídicos, tales como el ordenamiento moral o social). En este sentido es en el que hay que entender las nuevas propuestas; en el sentido de que tienden a convertir —como diría Ott— la *Sittenwidrigkeit* en *Rechtswidrigkeit*.

Mas antes de proceder a su examen y al igual que hicimos

(44) Cfr. GHIDINI, *op. cit.*, pp. 90-93.

(45) V. aquí MANGINI, *Iniziativa economica pubblica*, cit., p. 470 e ID, *Funzioni del marchio e interessi dei consumatori*, en *Riv. dir. ind.* 1979, p. 92.

(46) Cuando decimos en el texto *riguroso*, queremos significar que se hace necesario pasar del *nivel retórico* (en el que la identificación de intereses públicos permanece carente de efectos) al *nivel operativo* en el que tales intereses no sólo se proclaman, sino que asimismo se toman en consideración como elementos decisivos en el pronunciamiento (cfr. JAEGER, *Valutazione comparativa*, cit., pp. 47-49 y 101-102).

en relación al «bien jurídico protegido», será conveniente trazar una síntesis de las doctrinas clásicas (aún hoy dominantes); de las doctrinas que califican y entienden la cláusula general como norma de heterointegración, porque ello nos situará en la perspectiva correcta para comprender el alcance y el significado de la tesis autointegradora. La cuestión se formularía así: **Habida cuenta que la cláusula general es una norma en blanco que contiene además un concepto jurídico indeterminado, es necesario atender a estos dos interrogantes: primero, ¿qué tipo de juicio se le pide al juez?; y segundo, ¿qué poderes se le reconocen para llevarlo a cabo** Al respecto y en líneas generales, podemos individualizar dos grandes corrientes de opinión en la doctrina tradicional (que, en cada autor concreto, adquieren matizaciones distintas). A tenor de la primera de ellas el juicio requerido al juez es de orden estrictamente *fenomenológico*; se le atribuyen poderes únicamente para verificar la disciplina y aplicarla al caso concreto. La norma general del artículo 2.598 reenviaría a la praxis de los empresarios; consiguientemente los principios de la corrección profesional vendrían integrados por los *usos empresariales relativos a actividades económicas concurrentiales* (47). Todas las tesis que se reconocen dentro de este grupo doctrinal presentan sin embargo un grave problema técnico: el *riesgo de lagunas* en la disciplina; riesgo, el referido, que se produce a un doble nivel: en el nivel objetivo de la existencia de los usos (¿qué sucede con una práctica «manifiestamente injusta» sobre la que no existe un uso empresarial formado?) y en el nivel subjetivo, caso de haber usos y valoraciones no homogéneos de ciertas conductas concurrentiales en el seno de la categoría empresarial (piénsese en el supuesto de un acto que se considera leal por la gran empresa y no por la pequeña empresa) (48).

(47) El principal representante de estas tesis es FRANCESCHELLI (*Sulla concorrenza sleale, en Riv. dir. ind.*, 1954, pp. 205 y ss.). Los argumentos aducidos en su defensa pueden reconducirse a los tres siguientes: (i) en otro caso, vendrían a faltar los que constituyen los dos elementos esenciales de la norma jurídica: la certeza y la anterioridad del hecho a la norma; (ii) en la *Relazione al Codice Civile* se afirmaba que el n. 3 del artículo 2.598 efectúa una «implícita referencia a los usos de las diversas actividades profesionales»; (iii) como argumento colateral, se subraya la conformidad de este planteamiento con la fórmula del artículo 10 *bis* del Convenio de París. JAEGER (*op. cit.*, pp. 58-59) critica estos argumentos con cierta consistencia; así, de una parte, pone de manifiesto cómo la doctrina dominante ha desvalorizado los argumentos provenientes de la *Relazione* al Código surgida en un ambiente (corporativo) radicalmente transformado. Por otro lado, el argumento de la fórmula unionista—se dice con razón—es más bien un argumento contrario, pues la dicción «usos honestos» reenvía más a la moral que a la praxis convencional: es más decisivo el adjetivo que el substantivo. Para más información me remito a la monografía fundamental de PASTERIS, *La correttezza nella disciplina della concorrenza sleale*, Milano, 1962, pp. 102-106 (crítica a la tesis fenomenológica) y *passim* (sobre los planteamientos tradicionales); v. también UBERTAZZI, *I principi della correttezza professionale*, cit., pp. 107-109.

(48) Cfr. JAEGER, *op. cit.*, pp. 61-64, y GHIDINI, *Slealtà della concorrenza*, cit., pp. 118-119.

Según la otra corriente de opinión —decididamente minoritaria—, la norma del artículo 2.598 pediría al juzgador un juicio ético o *deontológico* sobre la práctica en causa, con lo que —como fácilmente se advertirá— paralelamente se le concedería una cierta potestad normativa creadora (49). Las críticas fundamentales de que ha sido objeto esta tesis podrían reconducirse, de una parte, a los peligros connaturales a la distinta sensibilidad y sentido jurídico de los jueces (a la llamada *subjektive Gefühlsjurisprudenz*) y, por otra, a un dato normativo que parece no tenerse en cuenta. En efecto, parece que cualquier juicio moral o ético comporta o exige que exista una conciencia de la contradicción del acto con la ética (antijuridicidad por la vía de la heterointegración) y, por tanto, presupone una cierta cupabilidad por parte del agente. Mas, como la mayor parte de la doctrina entiende que para la calificación de un acto como desleal no se requiere ni dolo ni culpa (en base al art. 2.600, 1.º, que prescribe que «[S]i los actos de competencia desleal se realizan con dolo o culpa, su autor deberá satisfacer el resarcimiento de los daños»), la conversión del juicio de deslealtad en un juicio ético resulta difícilmente viable. Por otra parte, siendo pacífico que en esta materia no tiene relevancia alguna el fin subjetivo (*i. e.*: la intención del agente), sino que únicamente adquiere trascendencia el medio utilizado (*ex n.* 3 del art. 2.598), es menester concluir que el legislador impone una interpretación objetiva de las prácticas en cuestión (50).

Observamos, en todo caso, algunos rasgos comunes a ambos planteamientos: primero que los dos configuran —como ya adelantábamos— la cláusula general contenida en el artículo 2.598 como una norma de heterointegración; y segundo, que ambos se muestran (casi) unánimes al identificar única y exclusivamente a los empresarios como los sujetos creadores de las normas que deberán ser integradas a través de la cláusula general (51). Por lo que no es aventurado concluir que utilizando estos criterios estamos protegiendo los intereses de tales sujetos (los empresarios), cuya «moral profesional» o cuyos «usos sociales» pueden estar en contradicción con los intereses de otras categorías de sujetos (en sín-

(49) En el seno de esta formulación general hay que diferenciar dos planteamientos distintos; por una parte, el de aquellos autores que entienden que el reenvío se debe entender hecho a la *ética general* (de la colectividad) (cfr. AULETTA (—MANGINI), *Delle invenzioni industriali*, cit., páginas 170-174). Por otra, la tesis de aquellos tratadistas que suponen hecha la remisión del art. 2.598 a la *ética propia de la categoría empresarial* (cfr. FERRARA, *Teoría giuridica dell'azienda*, cit., pp. 619-621). La jurisprudencia —v. las citas de UBERTAZZI, *op. cit.*, en la nota 7 de la p. 190— parece seguir una vía intermedia entre las soluciones fenomenológica y deontológica; según una fórmula que se acostumbra a repetir en los considerandos, el núm. 3 del art. 2.598 reenviaría a los «*principios éticos universalmente seguidos por los empresarios que se han convertido en costumbre*».

(50) Cfr. JAEGER, *op. cit.*, pp. 86-88, y GHIDINI, *op. cit.*, p. 117.

(51) Cfr. UBERTAZZI, *op. cit.*, pp. 110 y ss.

tesis: meta-empresariales): «Los cartagineses —decía Polibio— no consideran torpe ninguna fuente de riquezas».

Las nuevas propuestas parten de la necesidad imperiosa de superar —como venimos repitiendo— la visión individualista que se deduce de estas concepciones clásicas y de la necesidad también de lograr una mayor certeza en la interpretación de la cláusula general, que procure un mayor control (por parte de la doctrina) de la aplicación jurisprudencial de los principios de la *correttezza professionale*. Arrancan, en definitiva de la necesidad de individualizar un parámetro de evaluación que no tenga su origen (como *de facto* sucede en la praxis judicial) en una elección del Juez en gran medida discrecional, sino que se derive de un procedimiento lógico que pueda ser rigurosamente reconstruido y controlado (52).

8. Las nuevas tesis se esfuerzan, en definitiva, por formular *criterios jurídicos de valoración*, aunque —como ya sabemos— no hacen ingresar el interés público de un modo directo, sino como parámetro referencial de dicha valoración (en el argumento desistivo de que la ley no atribuye legitimación activa al consumidor) (53). Nos referiremos en primer lugar a la tesis según la cual los principios de corrección profesional a los que reenvía el n. 3 del artículo 2.598 no son otra cosa que *principios y reglas de naturaleza prevalentemente económica* (54). Se parte de la consideración de

(52) Conviene señalar, sin embargo, que ciertas tesis modernas también defienden orientaciones de tipo *heterointegrador*. En este sentido hay que destacar las contribuciones de Ghidini (sobre la que volveremos, *infra*, número 10) y de UBERTAZZI, *I principi della correttezza professionale*, cit. Este último autor, después de un análisis de las «fuentes de conocimiento» de los usos (v. *ibi.*, pp. 122 y ss.) y de las «formas de su prueba» (cf. *ibi.*, pp. 142 y ss.), llega a la conclusión de que, en realidad, la jurisprudencia enjuicia la *correttezza* en base a parámetros diversos a los que proclama, acabando, en la mayoría de las ocasiones, por convertir el juicio de lealtad en un *juicio personal* (cf. *ibi.*, pp. 153-154). Razón por la cual el autor propone una investigación empírica y experimental de las valoraciones empresariales a las que remite el *Codice Civile* de acuerdo con los métodos de la sociología (cf. *ibi.*, pp. 158 y ss. y 183). Será interesante, a los efectos de comprender las dimensiones reales de la propuesta, analizar el estudio empírico que el autor incluye como apéndice de su trabajo (v. *ibi.*, pp. 183-231). Este planteamiento se inscribe en la línea de la elaboración de TEUBNER, *Standards und Direktiven in Generalklauseln. Möglichkeiten und Grenzen der empirischen. Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht*, Frankfurt, 1971.

(53) V. *retro*, nota 21. Debe concederse a SANTAGATA (*Concorrenza sleale e interessi protetti*, cit., pp. 8-9) que aunque se asuman los intereses públicos como parámetro de lealtad, permanece siempre el peligro asociado a la eventualidad —de cada vez más frecuente constatación— de *conductas colusivas de todos los empresarios del sector* (v. también *ibi.*, pp. 39 y ss.).

(54) Así, MARCHETTI, *Il paradigma*, cit., p. 211. La tesis se ve desarrollada en *Boicottaggio*, cit., esp., pp. 236 y ss., y se orienta en la línea del temprano trabajo de SIMITIS, *Gute Sitten und ordre public. Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des par. 138 Abs. 1 B. G. B.*, Marburg, 1963 (si bien, con la

que la disciplina de la competencia desleal (inderogable e irrenunciable —es pacífica su naturaleza *imperativa*—) presenta una cierta impronta publicista» y que contribuye directamente (a través de una prevalente tutela de intereses privados) a garantizar aquella forma institucional de mercado que constituye la finalidad primaria de la disciplina antimonopolística. No se puede excluir que ambas normativas protejan —aún con intensidad y formas diversas— las mismas series de intereses y que, por ende, la violación de la disciplina *antitrust* conduzca necesariamente a la violación del n. 3 del artículo 2.598 (55). La argumentación de estos planteamientos se articula en dos momentos principales: por una parte, en un atento análisis de las motivaciones de las sentencias que aplican el artículo 2.598, en las que (más allá de ciertas enunciaciiones de principio y afirmaciones de estilo) se percibe cómo el juez funda su convencimiento sobre la deslealtad de una determinada práctica en su conformidad o disconformidad a ciertas exigencias económicas que —poco importa ahora si con razón o no— él estima corresponden a las exigencias y a las valoraciones de política económica y de estrategia empresarial de un determinado sector del tráfico (56). El segundo argumento es positivo: el legislador —como se sabe— se remite a los principios de corrección *profesional*. Este adjetivo «profesional» no debe entenderse, sin embargo, como una forma de identificación del ambiente social del que se deba recibir la valoración de lo desleal (ambiente empresarial). El adjetivo tiene más bien una función (selectiva) de determinar cuáles de entre los posibles juicios de corrección deben recibirse en la cláusula general, lo cual —señala Marchetti— obliga a asimilar la dicción «profesional», no a los calificativos «ético» o «convencional», sino a la palabra —y al significado— *económico* como, por lo demás, se confirma en el examen de otros preceptos del *Codice Civile*, tales como el artículo 2.082 o el 2.083 (57).

Dados estos pasos, es todavía necesario construir *jurídicamente* ese juicio económico, pues —como es evidente— en otro caso poco habríamos avanzado. Para ello se parte nuevamente del pensamiento de que la función de la disciplina de la deslealtad no consiste en introducir un mínimo ético en la aspereza de la vida de los negocios, sino más bien en asegurar que esa aspereza de la lucha concurrencial no conduzca a negar la lucha misma, es decir, la competencia. En esta lógica, el n. 1 del artículo 2.598 que prohíbe realizar «actos idóneos a crear confusión con los productos y con la actividad del concurrente» no puede entenderse dictado por la nece-

diferencia fundamental de que en la monografía de Simitis se lleva a cabo una más precisa *juridificación* del modelo de lealtad: v. *ibi.*, pp. 47 y ss.).

(55) Cfr. MARCHETTI, *Boicottaggio*, cit., pp. 202-203. En realidad, entre la disciplina de la competencia desleal y la disciplina *antitrust* no corre un simple *paralelismo*, sino una verdadera *interferencia* (de *policy*): v. *ibi.*, página 219.

(56) V. sobre todo, MARCHETTI, *Paradigma*, cit., pp. 211 y ss.

(57) Cfr. MARCHETTI, *Boicottaggio*, cit., pp. 242-243.

sidad de hacer penetrar principios éticos en la «jungla» de la vida económica, sino que debe considerarse inspirado en un principio medular de la economía liberal, a cuyo tenor el consumidor debe ser formalmente libre (y, por ende, no engañado) en la formación de sus propias decisiones de mercado. Entonces, si efectivamente la finalidad de la competencia desleal en su conjunto se cifra en asegurar el funcionamiento de un cierto modelo económico, resultará claro que también el reenvío a los *principi di correttezza professionale* debe ser entendido e interpretado bajo este mismo prisma *funcional* (58). Mas la función a que estamos aludiendo tendrá que actuarse con arreglo a algún programa de objetivos, que el derecho de la competencia desleal (derecho blanco) no tiene en sí mismo. ¿A quién compete, pues, definir semejante programa? La respuesta parece obvia: incumbirá a la disciplina *antitrust* hacer aquello que trasciende la tarea de la disciplina de la competencia desleal, es decir, traducir a mandatos jurídicos los objetivos político-económicos que se estimen más oportunos en un momento dado. De lo que se sigue que competirá a las normas que gobiernan la concurrencia garantizar en las relaciones privadas la efectiva realización de los principios cardinales de la economía de mercado que el derecho *antitrust* ordena observar (59). Desembocamos así en la afirmación de que el juicio de deslealtad se convierte en último término en un juicio *antitrust*, con lo que —si tenemos en cuenta que el modelo económico concurrencial ha sido establecido en beneficio de intereses generales (meta-empresariales)— es fácil concluir que a través de esta solución resultan atendidos los intereses de los consumidores (*recte*: tutelados). No ciertamente como objeto directo de la protección, aunque sí como resultado de un tipo de juicio, que cabalmente es eso lo que persigue (60).

9. Al lado de esta tesis, es menester todavía considerar otra (61), cuyas conclusiones podemos considerar similares. Se identifica ahora el juicio de corrección profesional (*i. e.*, de deslealtad) con una *valoración comparativa de los intereses de las partes en conflicto* (62). Pero como no será difícil advertir, la mentada «valoración comparativa» requiere la previa elaboración de criterios que puedan emitir un juicio de valor (o desvalor) sobre

(58) *Ibid.*, pp. 244-245.

(59) *Ibid.*, pp. 248-249.

(60) No estará de más apuntar que «una orientación como la ahora señalada no parece estar muy lejos de la orientación dominante en la doctrina y en la jurisprudencia anglo-americana y francesa, que interpretan el acto de competencia desleal como un abuso de la libertad de competencia» (MARCHETTI, *Il paradigma*, cit., p. 212, e *ibi*. más precisas indicaciones).

(61) Nos referimos a la desarrollada por JAEGER, *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*, cit., pp. 95 y ss., que se sitúa en la línea que fuera abierta en Alemania por KRAFT, *Interessenabwägung und gute Sitten*, cit., pp. 119 y ss. y 175 y ss.

(62) Cfr. JAEGER, *op. cit.*, p. 95.

la situación conflictiva que se ventila en el juicio. Y tales criterios —parece claro también— no podrán ser los propios de los competidores en conflicto, cuya tutela se estime digna por parte del ordenamiento. Esos serán los intereses generales, asociados básicamente a las necesidades del consumo. Y es preciamente a ellos (a esos intereses) a los que les corresponde jugar el papel —afirma Jaeger— de «*parámetros de valoración* de los intereses de los empresarios en conflicto, en el sentido de que el juez deberá, entre las posiciones en contraste, asignar la prevalencia a aquella que estime más conforme (o si se prefiere, menos disconforme) [...] con la utilidad social», que, por imperio del art. 41 de la Constitución, representa el valor de mayor prioridad. El juicio propuesto, por consiguiente, sustancia una *relación típica de instrumentalidad (y jerarquización) entre intereses* (63), y, por otra parte, se adecúa perfectamente a las exigencias de la justicia material, pues consiente decisiones concretas que tengan en cuenta índices tales como la dimensión de la empresa, su actividad, la posición de las partes en el mercado, las condiciones del mercado en que se opera, etc.

Hay que decir, sin embargo, que este planteamiento no se encuentra muy alejado del anteriormente examinado (64), aunque eso sí, parece bastante más elástico. Como en aquél, la protección recibida por el interés general abandona la vía tradicional de las declaraciones retóricas —toda protección de intereses privados encuentra su justificación última en un superior interés público, etc.—, para convertirse en un momento esencial del juicio sobre la lealtad o deslealtad de los comportamientos mercantiles.

10. Por último, no estará de más pasar revista a otra propuesta que no difiere mucho —desde el punto de vista político-jurídico— de las ya vistas, aunque formalmente se enuncia como una tesis «clásica». Se propone, en efecto, una interpretación según la cual el reenvío del artículo 2.598 a los principios de la corrección profesional debe ser entendido como un reenvío a *valoraciones empresariales* (65), aduciéndose en defensa de semejante solución razones de no excesivo peso, tales como el argumento histórico (en el sentido de que una reconstrucción histórica muestra claramente los impulsos corporativos hacia una disciplina legislativa informada por los intereses profesionales) o el argumento de técnica legislativa (en el sentido de que la utilización de una cláusula general requiere una integración por parte del juez consistente en atribuir un contenido concreto a un concepto jurídico indeterminado; una integración que no puede detenerse en valoracio

(63) *Ibid.*, p. 101.

(64) El mismo JAEGER así lo afirma: *op. cit.*, p. 111; y MANGINI, *Iniziativa economica pubblica*, cit., p. 467. Críticamente, sin embargo, MARCHETTI, *Boicottaggio*, cit., p. 246, nota 101.

(65) Cfr. GHIDINI, *Stealtà della concorrenza e costituzione economica*, cit., p. 96.

nes personales del juzgador, sino que debe quedar referida a conceptos que emerjan del contexto social y, concretamente del contexto empresarial, pues eso viene establecido de modo expreso por la norma cuando califica la corrección de *profesional*) (66).

Pero, como decíamos, sólo formalmente parece una tesis diversa. El autor inmediatamente se encarga de precisar el sentido y los límites de la remisión de los *standards* de deslealtad a las valoraciones de los empresarios. En efecto, pronto se nos advierte que el reenvío de la cláusula general hay que entenderlo referido a las elecciones objetivas de política empresarial variables en razón de la situación objetiva y del programa de cada empresa. Elecciones las mismas que en ningún caso pueden identificarse con la valoración subjetiva de los empresarios, sino que deberán ser extraídas de una experiencia histórica determinada. El corolario necesario de semejante concepto de «valoración empresarial de la corrección empresarial» es que se acentúa el carácter *relativo* del juicio de deslealtad. El desarrollo económico se caracteriza por una progresiva diversificación de los intereses empresariales (que ya no pueden ser definidos en términos unitarios); y justamente a esta creciente diversificación corresponden una variedad de elecciones objetivas de política empresarial, con arreglo a las cuales habrá de efectuarse el juicio de deslealtad; por lo que —como es obvio— en cada caso habrá que elegir entre los diversos *modelos de lealtad* que se hallen en conflicto. Esta decisión comporta el segundo momento del juicio. Si el primero fue el de la identificación de tales modelos, corresponde a este segundo la cualificación de los mismos (67). Y es precisamente en esta sede de cualificación donde el autor se remite a datos estrictamente jurídicos, cuyo momento superior vuelve a cifrarse en el tantas veces citado artículo 41 de la Constitución; de tal forma que el juez deberá descartar aquel modelo concurrencial que, sobre la base de un objetivo reconocimiento de los valores constitucionales, estime lesivo de la utilidad social y, más ampliamente, contrario a los intereses constitucionalmente garantizados (68). Una vez más, sin embargo, la aplicación de la directriz constitucional indicada exige que el intérprete especifique los contenidos de los principios-límite de la constitución. Dicha especificación, habida cuenta que la reserva de ley opera también respecto de la utilidad social (cfr. nn. 2 y 3 del art. 41 Const.), habrá de llevarse a cabo a través del análisis de la legislación ordinaria que traduce y desarrolla el artículo 41; y muy concretamente habrá de estarse a aquellos índices normativos (de rango ordinario), cuyo objetivo sea el gobierno de la actividad empresarial —entre los que serán preponderantes los índices de derecho público (tanto nacionales como internacionales). Piénsese

(66) *Ibid.*, pp. 104-108.

(67) *Ibid.*, pp. 98-102.

(68) *Ibid.*, pp. 116-120.

se en este sentido en las múltiples normas de derecho administrativo en materia de competencia de precios; mas sobre todo piénsese en las normas comunitarias *antitrust* (y muy especialmente en el artículo 86 del Tratado de la C.E.E., que prohíbe las prácticas vejatorias o discriminatorias realizadas por empresas dominantes), normas comunitarias, repito, que abren una importantísima vía de desarrollo de la disciplina de la competencia desleal (69).

11. Llegados a este punto, es hora ya de intentar identificar la clave que explique lo que está pasando; de individualizar qué fuerzas impulsan las importantes transformaciones que está sufriendo—según hemos tenido ocasión de considerar—la disciplina de la competencia desleal. El *Leimotiv* parece claro: se intentan superar las disfunciones de una visión individualista en un sistema, cuya escala axiológica aparece con un marcado sabor social. Pero ¿cuál es el sentido preciso en que se manifiesta ese intento? No se nos oculta que el panorama trazado a lo largo de los epígrafes precedentes induce a pensar en una valoración abstracta y apriorística de los intereses; en una construcción eminentemente teórica, que puede carecer o tener muy escasa relevancia operativa. Ello, sin embargo, no sería sino un error de óptica. A nuestro juicio, las cosas son bien distintas; nos atreveríamos incluso a decir que todos los intentos de una renovación axiológica de la disciplina obedecen—más que a razones de legitimación del sistema—a exigencias exquisitamente *prácticas*, a la necesidad, en definitiva, de *ampliar e! área del ilícito concurrencial y de extender la función misma de la disciplina*.

A nuestro modo de ver, la configuración clásica de la disciplina estaba condicionada por la *protección privilegiada del estamento económico poseedor*; de la categoría empresarial. Se explica así que el campo del ilícito se circunscriba a la lesión inmediata de valores económicos apropiables particularmente. En concreto, la función de la disciplina se ceñía a estos tres supuestos: protección del desarrollo tecnológico que ya no podía ser tutelado por el derecho industrial; protección de la identidad de la empresa, del establecimiento y de los productos más allá de la protección monopolística que dispensa la disciplina sobre signos distintivos; y protección contra la intromisión de un competidor en la organización productiva y distributiva de otro (soborno de empleados, dénigración, sustracción del clientela, etc.). Limitada a esta triple función, y a tales efectos tuitivos, es evidente que resultaba suficiente identificar un «bien jurídico protegido» y operar el juicio de lealtad con arreglo a criterios endocategoriales, ya fueran éstos morales o convencionales.

Las tesis examinadas pretenden manifiestamente ampliar tan

(69) *Ibid.*, pp. 121-131 *passim*.

restringida área del ilícito; y muy en concreto, quieren extenderlo a dos nuevos ámbitos, cuya censura estaba vedada por la configuración tradicional de la normativa. La primera de ellas se refiere al vasto campo de las *prácticas abusivas*. Con lo que la función de la disciplina se ve completada con una nueva tarea: *el control del poder económico en el mercado*. Aunque ésta parece la función genuina del derecho *antitrust*, necesitaba ser ayudada y desarrollada a través de mecanismo de control más flexible, a los efectos de la represión de prácticas *incipientes*, que, violando la «razón política» de la legislación antimonopolística, no podían sin embargo censurarse en sede *antitrust*, ya que no reunían todas las condiciones formales y materiales requeridas por la tipificación legal de las conductas. Habría que incluir aquí, cuando menos, tres grupos de hipótesis, que sólo una inteligencia avanzada y progresiva de la normativa de competencia leal deja fuera de la impunidad. Son esas, de una parte, las formas anticoncurrenciales en la lucha de precios (rebajas, prácticas *dumping*, desdoblamiento de precios). Los supuestos que podríamos calificar de conductas «depredadoras». Por otra parte, también habría que incluir aquí las luchas en el mercado que manifiestan abusos en relación al que llamaríamos «competidor débil» [ventas con regalo, explotación del llamado poder de demanda (*Nachfragemacht*), etc.]. Por último, serían asimismo catalogable bajo esta nueva forma del ilícito concurrencial, los supuestos de lucha concurrencial por obstaculización, tales como el *boycott*, discriminaciones, etc.

El segundo área de ampliación del ilícito concurrencial que parece tener presente la nueva configuración de la disciplina podría englobarse bajo el título de *distorsión de la decisión del consumidor*, que correspondería a una paralela extensión de la función tuitiva de la normativa en examen: *protección de la autonomía del consumidor*. Habría que incluir aquí, al menos, cuatro tipos diferentes de hipótesis. Por una parte, los atentados contra la correcta información del consumidor o usuario (supuestos, básicamente, de publicidad desleal). Además habría que catalogar todos los supuestos de abusos contra el consumidor, producidos en determinadas situaciones sociales y que ponen en peligro, a causa de su específica estructura, la libertad de decisión (piénsese, por ejemplo, en los viajes de propaganda, en los regalos publicitarios, en las visitas a domicilio, en la publicidad telefónica, etcétera). Por último, no se pueden olvidar aquí esa amplia tipología de estrategias comerciales que quieren utilizar circunstancias psíquicas particulares para manipular la voluntad del consumidor (apelación al inconsciente, etc.) (70).

(70) Cfr. OTT, *Systemwandel im Wettbewerbsrecht*, cit., pp. 421-430. De gran interés para asomarse a la nueva perspectiva puede ser la verificación empírica de ERICKSON, *Unfair Trade Practices under Section 5 of the Federal Trade Commission. A Statistical Evaluation*, en *Antitrust Bulletin*, vol. 22, 1977, pp. 643 y ss.

Si debiésemos ahora precisar el modelo político-jurídico que emerge de esta reconstrucción, habría que constatar ante todo la creciente *vis atractiva* de la *antitrust policy*. Como es bien sabido, el derecho *antitrust se encuentra* en «relación de tensión» con el derecho de la propiedad industrial, en cuanto que éste protege y define derechos absolutos de monopolio. Ello no ofrece dudas (71). Pues bien, sin llegar a atacar tales derechos de monopolios —y en ocasiones incluso se llega a hacer, aún de manera parcial (72)—, lo que sí es cierto es que la *Spanungsverhältnis* que Fikentscher había teorizado en relación asimismo al derecho de la deslealtad tiende a ser cancelada (73); en esta línea es evidente la tendencia a no proteger los que eran los supuestos más característicos de la competencia desleal en su versión tradicional es decir, los supuestos de confusión (*passing of*); paradigmática a este respecto puede ser la cada vez más acusada tendencia a no considerar actos de competencia desleal los casos de invasión de zona de exclusiva, la imitación servil, la concurrencia parasitaria, etcétera (al menos, cuando tales prácticas son realizadas por pequeñas empresas). Paralelamente —como hemos anticipado— se tiende a expansionar el área del ilícito por otras vías, cuya finalidad evidente es la conservación de una determinada estructura de mercado (piénsese —como veíamos— en el *dumping*, *boycott*, ciertas políticas de precios, etc.) (74). La dirección de la evolución podría definirse por una progresiva ampliación funcional de la disciplina de la competencia desleal, en la que la protección de la libertad ya no aparece como un problema independiente, sino más bien como un supuesto especial de protección de la lealtad competitiva (75).

12. Por lo tanto —insinuada su funcionalidad operativa— se nos permitirá todavía hacer una breve recapitulación del modelo que se deduce de la nueva literatura que hemos analizado a lo largo de estas páginas. A tres puntos podría reconducirse el esquema: (i) Por una parte, a la afirmación de que la disciplina de

(71) Cfr. FIKENTSCHER, *Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz*, München-Berlin, 1958, pp. 209-211.

(72) En este sentido es muy sintomática la jurisprudencia de las Comunidades Económicas Europeas, que tiende a *limitar* el derecho de monopolio que atribuye la legislación en materia de propiedad industrial: v., por ejemplo, GÓMEZ-SEGADE, *Panorámica del derecho de la libre competencia en la C. E. E.*, en *Actas de Derecho Industrial*, 1978, pp. 106 y ss.; y el libro colectivo *L'incidence du droit Communautaire de la concurrence sur les droits de propriété industrielle*, Paris, 1977, e *ibí.* ulterior información.

(73) Cfr. FIKENTSCHER, *op. ult. cit.*, p. 300, y *loc. ult. cit.*

(74) Cfr. MARCHETTI, *Boicottaggio*, cit., pp. 238-241; JAEGER, *Valutazione comparativa*, cit., pp. 103-109; GHIDINI, *Slealtà della concorrenza*, cit., pp. 161-163; AULETTA-MANGINI, *Delle invenzioni industriali*, cit., pp. 161-163; MANGINI, *Iniziativa economica pubblica*, cit., pp. 474-475.

(75) Cfr. BAUDENBACHER, *Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG*, en ZHR, vol. 144, 1980, p. 170.

la competencia desleal evidencia o manifiesta—nótese que no se dice *tutela*—directamente los intereses de los empresarios por imperio de la tipología de situaciones que caben dentro de la norma que contiene el artículo 2.598: *acto de competencia* (que comporta la exclusiva consideración de empresarios en conflicto), con la que es coherente la norma aludida de legitimación procesal activa. Pero igualmente tutela el interés general—sobre el que se organiza y justifica el modelo económico de mercado—; y en efecto, éste viene atendido desde el preciso momento en que el juicio de lealtad se hace descansar en un juicio de coherencia con la *public policy* económica. (ii) Por otra parte, semejante orden público económico se concreta a través de múltiples normas, cuyo esqueleto fundamental se articula en tres momentos principales: norma constitucional, disciplina comunitaria *anti-trust* y cláusulas codificadas de la concurrencia. El modelo se recompone del siguiente modo: un precepto indeterminado de la carta constitucional (que en el plano de la interpretación y por ende, de la aplicación del juicio de lealtad se traduce en una directriz *necesaria* para el juez) reenvía a dos conceptos: libertad de iniciativa y utilidad social. Mas la propia generalidad de estas prescripciones obliga a una delimitación más puntual; que, cabalmente, se llevará a cabo a través de los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma. La libre iniciativa se materializaría en una política concurrencial, cuyos tres puntos basilares son: (a) una decisiva presunción a favor de la competencia contra acuerdos que tiendan a eliminarla de cualquier modo; (b) una fuerte política dirigida a proteger la existencia, libertad y oportunidad del pequeño empresario en su concurrencia con la gran empresa; una directiva ésta que no sólo se basa en consideraciones económicas—creencia en la mejor ejecución de un mercado organizado competitivamente—, sino también en valores políticos y sociales y en conceptos de lealtad, y (c) una marcada tendencia de estímulo y reforzamiento de la disposición a competir, aunque de ello resulte el monopolio; y ello tanto para prevenir su perpetuación dilatada o injustificada (del monopolio, por supuesto), como para asegurar un tratamiento no discriminatorio de aquellos con los que el monopolista comercia (76). (iii) La *utilidad social*, por su parte, intervendría finalmente como una *sui generis rule of reason* de la disciplina de la deslealtad; y ello a los efectos de compensar y complementar la protección del consumidor, que sólo indirectamente sale protegido del juicio anterior; el dato normativo de referen-

(76) Cfr. TURNER, *The Principles of American Antitrust Law*, en AA. VV. *Comparative Aspects of Antitrust Law*, London, 1969, p. 6. Este esquema debemos darlo por admitido en el seno de la disciplina comunitaria de la concurrencia, a pesar de las diferencias que existen entre la *policy* antimonopolista europea y americana: cfr. a este respecto, JONES, *American Antitrust and E. E. C. Competition Law in Comparative Perspective*, en *Law Quarterly Review*, vol. 70, 1974, pp. 191 y ss. (la diferencia fundamental residiría en una diversa actitud frente a las *concentraciones*).

cia—entre otros de relevancia en el caso concreto de que pudiese tratarse—vendría dado por el modelo transaccional ya aludido, tal y como se deriva del n. 3 del artículo 85 del Tratado constitutivo de las Comunidades Económicas Europeas.

La conclusión de todo ello aparece ahora con evidencia: la convergencia de dos disciplinas clásicamente separadas y distintas; convergencia que podría expresarse en la fórmula de la *racionalidad antitrust de la cláusula general*, en el sentido de que es la disciplina antimonopolista quien suministra a la disciplina de competencia desleal un modelo normativo respecto al cual operar el juicio de lealtad de una determinada actividad empresarial (77)

13. Una última consideración. El punto de vista que proporciona la competencia desleal constituye, como el *Aleph* de Borges —y perdónese el recurso a la literatura de ficción— un mirador privilegiado para captar algunas de las transformaciones más importantes que está experimentando el derecho privado de nuestros días, en trance de abandonar definitivamente los postulados del Estado liberal para acomodarse al nuevo programa que inaugura el Estado social (78). Ciertamente no es éste el lugar ni tampoco el momento más adecuado para abordar el complejo temario que ya este solo enunciado anticipa, pero al menos parece oportuno preguntarse hasta qué punto la evolución reseñada da testimonio de la definitiva transformación—como se temía Friedrich von Hayek—de las reglas de justa conducta políticamente independientes, típicas del derecho privado tradicional, en normas políticamente dependientes de organización hasta ahora características del derecho público (79); y es menester preguntarse asimismo si no estaremos asistiendo al tránsito definitivo de un tipo de pensamiento jurídico causal—asociado al programa condicional del Estado clásico de derecho—hacia otro que se mueve en coordenadas funcionales y *policy-oriented* (80); de un derecho privado

(77) A la luz de estas nuevas ideas nos preguntamos (*in limine*) si acaso no se podría intentar una reinterpretación del discutido párrafo d) del artículo 3 de nuestra *Ley de Prácticas restrictivas de la competencia*, que diese cuenta de todas estas transformaciones de la disciplina de la deslealtad.

(78) Se ha podido decir así que los cambios sufridos por el Estado, por la sociedad y por el ordenamiento jurídico y su influencia en la reconstrucción doctrinal de las categorías jurídicas encuentra una *expresión ejemplar* en la disciplina de la competencia desleal (JOERGES, *Die klassische Konzeption des Internationalen Privatrechts un das Recht des unlauteren Wettbewerbs*, en *RabelsZ*, 1972, p. 489).

(79) Cfr. v. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, vol. I, London, 1973, p. 142. En general, sobre esa transformación del Derecho privado por obra de la legislación social, v. *ibi.*, pp. 141 y ss. De esta obra existe trad. esp. Madrid, 1981.

(80) Me remito a las excelentes páginas que MANGABEIRA-UNGER le dedica al tema en su libro *Law in a Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, New York, 1977, pp. 193 y ss.

entendido como constelación de derechos subjetivos a un derecho que piensa ante todo en términos de protección institucional (81); de un ordenamiento preocupado en definitiva y sobre todo por la garantía de las condiciones ambientales de la libertad y seguridad hacia otro más sensible a la regulación y transformación material de la sociedad civil (82). Estas son sólo algunas de las tendencias evolutivas que acusa el ordenamiento contemporáneo y que la disciplina de la competencia desleal registra con singular precisión; en este sentido se habrá advertido cómo se ha pasado —o se está pasando— de una *disciplina de cuerpo* (con una exclusiva función de «policía del comercio») a una inteligencia de la normativa de la deslealtad en clave de institución auxiliar de la constitución económica (*Marktrecht*); como las buenas costumbres (o los usos honestos o los principios de corrección profesional) han cedido su puesto —según señalara Ott— a la «política económica y a la política social»; como de la protección de derechos subjetivos se ha llegado a una tutela de la institución misma del mercado o de la libre competencia; como en suma, de concebirse como una *lex constitutio* —para emplear la terminología de Forsthoff— la disciplina de la deslealtad ha pasado a ser primariamente entendida como *lex actio*. Todas estas y muchas más son cuestiones generales de radical trascendencia para la comprensión de la disciplina y, en general, del moderno derecho privado; cuestiones generales que, como tales, sólo pueden quedar insinuadas en un trabajo de esta naturaleza.

(81) Cfr. RAISER, *Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht*, en ID, *Die Aufgabe des Privatrechts*, Kronberg-Ts. 1977, pp. 124 y ss.

(82) Cfr. GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1977, pp. 110-113 y 22 y ss.

Apuntes sobre la evolución del Derecho civil de la República Federal Alemana: año 1980

Por el profesor Dr. Hans-Leo Weyers y la Ayudante
Gisela Kuhn-Päbst, Frankfurt

(Traducción al castellano de Juan Alvarez-Sala Walther, Notario de Felanitx)

I

Los principales eventos legislativos del año 1980 afectan al Derecho de Familia, a la equiparación jurídica del hombre y la mujer, al Derecho de Sociedades y al amparo judicial y extrajudicial de las personas dotadas de escasos recursos económicos («Minderbemittelte»).

1. a) El 1 de enero de 1980 entró en vigor la ley sobre la nueva regulación del derecho de cuidado de los padres —sobre los hijos—, de 18 de julio de 1979 («Boletín Oficial del Estado» o «Bundesgesetzblatt», 1979, I, 1601). A través de esta ley, surgida en medio de acentuadas discrepancias ideológicas, el legislador se ha propuesto tener en cuenta nuevas tendencias sociales en la educación de los hijos. Expresivo de esta mutación o transformación es, en primer lugar, el cambio de terminología: el término, de secular tradición, «poder de los padres» («elterliche Gewalt»), derivado de la latina «patria potestas», deja de ser utilizado. En su lugar aparece la nueva expresión «cuidado de los padres» («elterliche Sorge»). Con ello se pretende acentuar que no se trata ya de una relación dominical o de poder («Herrschaftsverhältnis») —entre padres e hijos—, sino de una relación de cuidado o asistencia («Fürsorgeverhältnis»). En algunos preceptos (§§ 1626 a. 1627, 1631 II del BGB), que, sin embargo, tienen relevancia solamente indirecta, se rechaza el estilo autoritario en la educación de los hijos, al tiempo que se proclama la obligación de los padres de renunciar al empleo de medidas educativas o disciplinarias oprobiosas o degradantes y de atender, en cambio, en orden a la crianza y educación del hijo, a sus crecientes necesidades y su creciente capacidad de actuar por sí mismo. Incluso en el terreno concerniente a la formación del hijo y la elección de una profesión para el mismo, la ley establece expresamente la obligación de los padres de prestar consideración a los

intereses (y el talento) del propio hijo. En este punto, en último término, cabe incluso que decida el Tribunal de Tutelas («Vormundschaftsgericht»), de acuerdo al § 1631 a) del BGB. Las disposiciones citadas tienen trascendencia más que nada sobre la forma y duración del deber de los padres de proveer al sostenimiento de su hijo.

Desde el punto de vista técnico, frente a la situación anterior, se han producido las siguientes variaciones: el nuevo § 1628 del BGB no es sino, en el plano legislativo, consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional de 1959, que declaraba la nulidad, como inconstitucional, del antiguo § 1628 del BGB, que atribuía un valor prevaliente a la determinación del padre en las decisiones concernientes a la crianza o educación del hijo. Los padres deben —ahora— decidir por mutuo acuerdo las cuestiones referentes a la crianza o educación del hijo; a falta de acuerdo entre los padres deberá el Tribunal de Tutelas conferir la plena facultad de decisión sobre el asunto singular de que se trate a uno de los padres, pero sin que pueda —por tanto— adoptar el Tribunal una decisión propia sobre el caso. De otro lado, sin embargo, el nuevo § 1666, que ha supuesto desde luego la innovación más discutida de la ley, amplía el poder del Tribunal de Tutelas: en caso de que la situación o el interés del hijo («Wohl des Kindes») se viera amenazado por cualquier motivo, el Tribunal de Tutelas podrá adoptar las medidas pertinentes (incluso en contra de la voluntad de los padres), aun cuando tal amenaza —al bienestar o el interés del hijo— no se deba a culpa de los padres, pudiendo llegar incluso, en casos extremos, a separar al hijo de los padres. Bajo la legislación anterior, una medida de este tipo sólo era admisible en caso de comportamiento culpable de los padres. Se ha fortalecido también la situación de las personas que tienen al niño bajo su cuidado («Pflegeeltern» o «padres afectivos»), cuando el niño ha vivido con ellos durante largo tiempo. Hasta ahora, los padres por naturaleza podían, en tanto no hubiesen sido privados del poder paterno por medio de un procedimiento complicado, reclamar en cualquier tiempo, en principio, que les fuera devuelto el niño, frente a quienes lo tenían bajo su cuidado (caso que se planteaba eventualmente con las madres solteras). A partir de ahora, cumplidos determinados presupuestos, el Tribunal de Tutelas puede ordenar que el niño permanezca junto a sus cuidadores (§ 1632 IV del BGB). Se ha fortalecido también la posición del hijo mayor de catorce años, cuando, tras el divorcio de sus padres, se decide sobre el cuidado de su persona: normalmente el Tribunal de Familia («Familiengericht»), en caso de divorcio, deberá seguir la propuesta concorde de los padres (§ 1671 III del BGB). Pero en caso de que el niño, que debe ser oído en el proceso (§ 50 b de la ley sobre jurisdicción voluntaria), formule alguna propuesta distinta, entonces el Tribunal es plenamente libre en su decisión.

b) El 21 de agosto de 1980 entra en vigor la ley sobre igualdad de trato de hombres y mujeres en el puesto de trabajo, etc., de 13 de agosto de 1980 («Boletín Oficial del Estado» o «Bundesgesetzblatt», 1980, I, 1308). La República Federal sigue con ello el ejemplo de otros países europeos, sobre todo de Gran Bretaña.

El nuevo § 611 a) del BGB establece, de forma detallada, la prohibición de cualquier discriminación lesiva para las mujeres (teóricamente también para los hombres) en el mundo laboral. Complementariamente, el § 612 III del BGB expresamente prohíbe la desigual remuneración del mismo trabajo. Cuando un empleador afirme que la diferencia de trato entre hombres y mujeres radica en las distintas características objetivas de su respectiva actividad, pesará sobre él la carga de la prueba (§ 612 I 3 del BGB). La pretensión jurídica de igualdad de trato, según las circunstancias del caso, podrá hacerse efectiva por medio de una acción de cumplimiento específico («Klage auf Erfüllung») o de indemnización de daños («Schadenersatz»).

2. En el campo del Derecho de Sociedades merece especial mención la ley sobre modificación de la regulación de la sociedad de responsabilidad limitada («Gesellschaft mit beschränkter Haftung»). Promulgada el 13 de mayo de 1980 («Boletín Oficial del Estado» o «Bundesgesetzblatt», 1980, I, 836), entra en vigor el 1 de enero de 1981. En esencia no supone más que alguna corrección y adición a la ley de 1892 sobre sociedades de responsabilidad limitada, cuyos principios básicos se mantienen. Otras leyes nuevas habrán de seguir —previsiblemente, a ésta—, v. gr., a raíz de la Directriz sobre balances de la Comunidad Económica Europea. La nueva ley comporta, básicamente, un fortalecimiento de la posición de los acreedores, además de algunas modificaciones técnicas. En primer lugar, en el § 5, apartado primero, de la Ley, el capital social mínimo se fija en 50.000 marcos, en vez de la cifra que se había mantenido hasta ahora, de 20.000 marcos, siendo así que en el futuro será menos probable una infracapitalización.

Presupuesto necesario para la constitución de la sociedad de responsabilidad limitada es el efectivo cumplimiento de las aportaciones. En este sentido, las prestaciones en especie o aportaciones no dinerarias («Sachleistungen») deberán quedar definitivamente a disposición de los administradores —de la sociedad—, de acuerdo al § 7, apartado tercero, de la Ley, y en lo que concierne a las aportaciones dinerarias («Barleistungen»), deberán haber sido desembolsadas mínimamente en una cuarta parte. Aportaciones dinerarias —desembolsadas— y no dinerarias habrán de sumar, mínimamente, 25.000 marcos, de acuerdo al § 7, apartado segundo, núms. 1 y 2 de la Ley. En caso de datos falsos o incompletos, responderán los fundadores, conforme al § 9 a) de la Ley, frente a la sociedad con indemnización de daños.

En aras de la protección del capital social, no podrá concederse ningún crédito a los representantes de una sociedad de responsabilidad limitada, en perjuicio o disminuyendo el capital social. El crédito concedido, no obstante esta prohibición, queda sujeto a ser inmediatamente restituido, conforme al § 43 a) de la Ley. En principio, el préstamo de un socio puede sustituir al propio capital. No obstante, a fin de proteger a los acreedores de la sociedad frente a una subcapitalización o infracapitalización de la misma, la pretensión de cobro del socio no podrá hacerse efectiva en caso de quiebra o suspensión de pagos de la

sociedad. La transacción o el convenio de quiebra producirá efecto a favor y en contra del derecho del socio, de acuerdo al § 32 a), apartado primero, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

El § 1 permite también la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada unipersonal («Ein-Mann-Gesellschaft mit beschränkter Haftung»). Las reglas sobre aportación del capital social, en este caso, son más rigurosas que en el supuesto de la sociedad pluripersonal. De acuerdo al § 7, apartado segundo, núm. 3, de la Ley —en el supuesto de la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal— se exige la prestación de alguna garantía que cubra la parte no desembolsada de la aportación dineraria, una vez satisfecho el desembolso mínimo que, con carácter general, determina el § 7, apartado segundo, números 1 y 2, de la referida ley. En caso de que dentro de los tres años siguientes a la inscripción —de la sociedad— se concentraran todas las participaciones sociales en una sola mano, el socio, en el plazo de los tres meses siguientes, deberá constituir garantía que asegure el pago íntegro —del capital no desembolsado— así como su compromiso de transmitir a un tercero mínimamente una participación social: en caso contrario, se seguirán los trámites judiciales y registrales —que correspondan— para la disolución y cancelación de la sociedad.

3. Dos leyes, de 13 de junio de 1980 y de 18 de junio de 1980, entran en vigor el 1 de enero de 1981, introduciendo en la República Federal un nuevo sistema de financiación del amparo jurídico de las personas dotadas de escasos recursos económicos.

La ley sobre subsidio de costas procesales («Prozeßkostenhilfe»), materia que anteriormente se denominaba «derecho de los pobres» («Armenrecht»), se refiere a los gastos judiciales, provocados a consecuencia de un proceso. Esencialmente se han regulado de nuevo los presupuestos económicos de las personas de escasos recursos que pueden acogerse a la exención o franquicia («Gebührenfreiheit») de gastos por costas procesales y honorarios del propio abogado. Lo novedoso del sistema radica en lo siguiente: en atención a las relaciones económicas de la persona se establece por medio de una escala que carga mensual, por razón de costas procesales, que se pagarían a plazos, podría dicha persona soportar. Hasta tal nivel, la persona en cuestión ha de pagar por sí misma las costas judiciales en plazos mensuales; lo que sobrepase a tal nivel deberá financiarse por el Estado. Las costas que representen menos del cuádruplo de la mensualidad máxima, deberá soportarlas el afectado. Las costas que representen más de 48 mensualidades, en ningún caso habrá de soportarlas.

La Ley de 18 de junio de 1980 se refiere a la asesoría jurídica extrajudicial («außergerichtliche Rechtsberatung»). El sistema de la nueva ley, fundamentalmente, viene a establecer la posibilidad de que la persona de escasos recursos, tras una comprobación o examen de su situación económica, que debe ser a este respecto algo más deficitaria que el nivel económico que se aprecia como necesario cuando lo que se pretende es el subsidio de costas procesales, pueda obtener del juzgado municipal («Amtsgericht») un certificado, con el cual podrá di-

dirigirse a cualquier abogado. El abogado estará obligado a prestarle asesoría jurídica. Con este motivo el abogado tendrá derecho a percibir unos honorarios reducidos (20 marcos) con cargo a los fondos del Estado. Si la persona en cuestión pudiera reclamar la compensación de gastos frente a algún otro, como sería, p. ej., su posterior contrincente en juicio, entonces el abogado asesor devengará honorarios según tarifa normal. En lugar de solicitar un certificado al juzgado municipal, la persona de escasos recursos podrá dirigirse directamente a un abogado, que asuma bajo su propia responsabilidad la comprobación necesaria.

II

En cuanto a la evolución jurisprudencial en el orden civil no se han producido hechos de tanta trascendencia como en el plano legislativo. En gran parte se trata de una cuestión de perspectiva. Con todo, cabe hacer referencia a algunas resoluciones sin duda importantes. Pertenecen a los ámbitos más diversos.

1. En primer lugar, cabe destacar, desde luego, una importante concentración de sentencias en el marco del Derecho matrimonial.

Cobran especial significación sobre el trasfondo de la reforma del Derecho de Divorcio del año 1977. Su temática puede ser, por tanto, de cierto interés para los juristas españoles del año 1981. Nuestra reforma del año 1977 supuso principalmente la introducción de un derecho de divorcio en atención al hecho objetivo de la separación de los cónyuges durante determinado plazo de tiempo. Transcurridos ciertos plazos —durante los que los cónyuges hubiesen permanecido separados—, a efectos del BGB, el matrimonio se considera irrefutablemente roto, y esta ruptura es, en realidad, la base de la sentencia de divorcio.

Cuando ambos cónyuges quieren el divorcio, basta la separación durante un año; en los demás casos, la separación habrá de haber durado tres años. Pese a que los cónyuges hubiesen permanecido separados durante tres años, no podrá decretarse, sin embargo, el divorcio, cuando éste implique para el cónyuge que se opone a él una excesiva dureza (§§ 1565, 1566, 1568 I del BGB). Transcurridos cinco años aún, en este último caso, es posible el divorcio (§ 1568 II del BGB).

En la medida en que el divorcio quedaba regulado al margen de consideraciones culpabilísticas, se imponía la necesaria elaboración de una nueva normativa sobre la obligación de alimentos. Conforme al nuevo Derecho vigente, el cónyuge que no puede sostenerse por sí mismo, tiene fundamentalmente derecho a ser sostenido por su ex-consorte (§§ 1569 y siguientes del BGB). A tales efectos, su comportamiento durante el matrimonio no se toma en consideración. Se exceptúan, sin embargo, ciertos casos de iniquidad grave («grobe Unbilligkeit») (§ 1579 del BGB).—El régimen económico matrimonial se ajusta, al igual que anteriormente, a las normas de la participación en

ganancias («Zugewinnngemeinschaft»); que no debe confundirse con la comunidad de ganancias española. El sistema —del régimen de participación en ganancias— consiste básicamente en que aquel de los cónyuges que durante el matrimonio hubiese incrementado más su patrimonio, deberá satisfacer al otro la mitad del saldo positivo en caso de divorcio. Este sistema comporta problemas de especial complejidad en lo que concierne a las expectativas de derechos («Anwartschaften») sobre pensiones de la seguridad social o de cualesquiera otros seguros de supervivencia. Tales derechos corresponden —formalmente— al cónyuge trabajador, esto es, normalmente el marido. A fin de evitar que la esposa, p. ej., de edad avanzada, quede tras el divorcio sin derecho al seguro de supervivencia, se introduce la así llamada compensación de derechos sobre pensiones («Versorgungsausgleich»). Consiste esencialmente en que las expectativas de derecho sobre pensiones de edad, etc., sean divididas entre los cónyuges como si se tratase de objetos patrimoniales reales. Estas son las reglas generales. Tanto respecto a la compensación de derechos sobre pensiones como en lo que se refiere al derecho de alimentos existen otras disposiciones que consideran circunstancias especiales.

La reforma del Derecho de Divorcio del año 1977, de igual manera, «mutatis mutandis», que en España, fue muy discutida y suscitó posiciones enfrentadas. No es sorprendente, por tanto, que tras su entrada en vigor se hayan interpuesto demandas ante el Tribunal Constitucional («Bundesverfassungsgericht») con el fin de que la nueva ley fuese declarada anticonstitucional. Se ha criticado, en primer término, el principio del divorcio sin culpa, considerándolo lesivo del artículo 6 I de la Constitución, que impone al Estado el deber de protección del matrimonio y la familia. El Tribunal Constitucional ha rechazado, sin embargo, esta objeción y declara que el nuevo Derecho Matrimonial no comporta de ningún modo la introducción de un «matrimonio temporal» («Ehe auf Zeit») (Sentencia de 28 de febrero de 1980, en «Neue Juristische Wochenschrift» en adelante, NJW—, 1980, 689). Sólo se había reconocido en la nueva ley —según el Tribunal Constitucional—, que el matrimonio, aun cuando se contrae para toda la vida, en principio, puede fracasar y, en este caso, no es misión de los Tribunales realizar averiguaciones en el ámbito íntimo de los cónyuges. Por otra parte, en cambio, el Tribunal Constitucional en —su resolución de— 21 de noviembre de 1980 (NJW 1981, 108) considera que el § 1568 II no se aviene a los dictados de la Constitución. Establece —dicho precepto—, como se ha dicho, que es posible el divorcio tras cinco años de separación —de los cónyuges— incluso cuando la continuidad del matrimonio fuese conforme al interés de los hijos comunes o incluso pese a que el divorcio implicase grave dificultad o dureza («schwere Härte») para el otro cónyuge. El Tribunal Constitucional hace notar que el artículo 6 I de la Constitución protege también al matrimonio no incólume («nicht intakte Ehe»). La consideración que merece el cónyuge, que pretende la continuidad del matrimonio, prohíbe que se decrete el divorcio, sin tener en cuenta las circunstancias más inmediatas, por el mero transcurso de un rígido

plazo. Debiera al menos concederse un período transitorio, durante el cual el cónyuge tratara de adaptarse al nuevo estado. A partir de este razonamiento, el Tribunal infiere, ante todo, algunas consecuencias técnico-procesales, como la suspensión del procedimiento. Por lo demás, las consecuencias de esta resolución no parecen todavía del todo claras.

También se ha puesto en tela de juicio la constitucionalidad de la así llamada «compensación de derechos sobre pensiones» («Versorgungsausgleich») —que tiene lugar entre los cónyuges divorciados—, dado que las normas que imponen esta nivelación no reparan en cuál fuera la conducta del otro cónyuge. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 28 de febrero de 1980 (NJW 1980, 692), rechaza, sin embargo, tales consideraciones y afirma que las «cláusulas de dureza» («Härteklauseln») (previstas en los §§ 1587 c y 1587 h del BGB) brindan al Tribunal base suficiente, v. gr., por grave incumplimiento de obligaciones, larga vida separada, etc., para denegar la compensación de derechos sobre pensiones. Con todo, el Tribunal Constitucional deja entrever sus reparos frente a algunos aspectos técnicos singulares de la nivelación de seguros y, de acuerdo a una práctica frecuentemente seguida por este Tribunal, convoca al legislador a perfeccionar esta regulación en un plazo no lejano. En qué deba consistir concretamente este perfeccionamiento, es algo que no cabe aún conocer con seguridad.

También en otros aspectos el problema de la posible trascendencia jurídica de la conducta de los cónyuges durante el matrimonio y después del mismo no parece enteramente resuelto. El Tribunal Supremo («Bundesgerichtshof»), en su Sentencia de 23 de abril de 1980 (NJW 1980, 1686), considera que, pese a la rígida norma según la cual la obligación de prestar alimentos al cónyuge no depende sino de la situación de necesidad del mismo, no obstante, el cónyuge que ha abandonado al otro para ir a vivir en compañía de una tercera persona, básicamente, no tiene, según el Derecho matrimonial, pretensión de alimentos («Unterhaltsanspruch»). La Audiencia Territorial («Oberlandesgericht») de Hamm, en su Sentencia de 22 de noviembre de 1980 (PW 1981, 60), ha desarrollado más allá esta doctrina jurisprudencial. Según esta sentencia, no subsiste tras el divorcio pretensión de alimentos, cuando el cónyuge ha abandonado durante el matrimonio al otro para ir a vivir en compañía de una tercera persona.

2. La decididamente laica y, a juicio de muchos españoles, también muy materialista orientación del Derecho civil alemán se refleja en algunos casos del Derecho de la responsabilidad jurídica civil, que guardan estrecha relación con el Derecho de familia: son los así llamados «casos de esterilización». La cuestión jurídica que se suscita fundamentalmente en estos supuestos es la de si la existencia de un niño puede suponer un daño.

La posición del Tribunal Supremo a este respecto se revela en dos Sentencias del mismo día 18 de marzo de 1980. Se trataba en ambos casos de dos mujeres casadas que, por motivos de la planificación familiar, pretendían ser esterilizadas. En el primer caso, la madre había

tenido ya seis hijos; en el segundo caso, la madre, tras el nacimiento de tres hijos, había necesitado un largo tratamiento en régimen de internado en una clínica de enfermedades nerviosas. Ambas mujeres —pese a la pretendida esterilización— obtuvieron niños y una de ellas gemelos. En el primer caso (NJW 1980, 1450) reclamaba la mujer contra el médico indemnización de daños y perjuicios por violación de contrato. El Tribunal Supremo estimó la demanda. El daño no radicaría de ningún modo en el niño en sí, pero sí en las prestaciones de alimentos que se adeudan al mismo. En el segundo caso (NJW 1980, 1452) señala el Tribunal Supremo que la provocación del embarazo y el nacimiento contra la voluntad de la afectada implican una lesión corporal, pues se trata de un atentado no autorizado a la integridad corporal, que da derecho a una compensación económica del daño («Schmerzensgeld» —«pecunia dolori»—).

3. En cierto sentido también tiene un trasfondo médico la decisión adoptada por la Audiencia Provincial («Landgericht») de Frankfurt (en 25 de febrero de 1980, NJW 1980, 1169). Se trataba de una indemnización de daños y perjuicios pretendida por una señora anciana que había ido a pasar sus vacaciones en el sudoeste de Europa a un hotel. Según su exposición de los hechos, no controvertida por la empresa de viajes demandada, se habían alojado simultáneamente en el hotel veinticinco graves deficientes mentales. Estos apenas podían hablar y padecían ataques de gritos inarticulados y accesos de rabia, en una ocasión, encontrándose la demandante encerrada con los afectados en el ascensor. También se produjeron perturbaciones tanto de noche como por la tarde o a las horas de las comidas. La demandante reclamaba frente a la empresa organizadora del viaje una reducción del precio del viaje, siendo su pretensión estimada por el Tribunal. La publicidad que se dio, dentro y fuera del país, a esta decisión judicial suscitó fuerte polémica. Frecuentemente no se repara en una peculiaridad técnica del proceso civil, como es el principio de la verdad formal («Prinzip der formellen Wahrheit») —o principio dispositivo—. En la publicidad que se dio al caso se dijo que, de hecho, los perjuicios no habían sido muy relevantes. Se criticó del Tribunal que no hubiese clarificado esta cuestión. Pero, en realidad, el Tribunal, según las reglas del proceso civil, estaba vinculado por las afirmaciones de la demandante no controvertidas por la empresa de viajes demandada, la cual, al no contestar estas afirmaciones, parece haber entablado una estrategia a plazo largo cuya finalidad todavía no es muy clara.

4. Otras cuestiones acerca del derecho de daños se abordaron también en otras sentencias del Tribunal Supremo. Las cadenas de almacenes y supermercados, desde hace tiempo, prometen a sus empleados un «premio de captura» («Fangprämien») para el caso en que éstos sorprendan a alguna persona realizando algún hurto en el establecimiento. Contra la persona que ha cometido el hurto se repercuten luego los llamados «gastos de tramitación» («Bearbeitungskosten») o «gastos de administración» («Verwaltungskosten»), así como el mismo «premio de captura». El Tribunal Supremo —sin embargo—, en su

Sentencia de 16 de noviembre de 1979 (NJW 1980, 119), considera que la compensación de los gastos de explotación no pueden reclamarse frente al «ladrón de almacén» («Ladendieb»). Pertenecen al ámbito de los gastos generales del perjudicado. Tales gastos no vendrían originados por el hurtador. Por el contrario, el «premio de captura» si queda comprendido dentro de la pretensión indemnizatoria del daño, pues se devenga a consecuencia del hurto que lo provoca. Cuando el «premio de captura» fuese, sobre todo por motivos de prevención, desproporcionadamente elevado, no deberá compensarse enteramente. Una suma global de 50 marcos sería admisible; en casos excepcionales y tratándose de mercancías especialmente valiosas, incluso más. En la Sentencia de 26 de febrero de 1980 (NJW 1980, 1918) se contempla un caso de hurto perpetrado en un archivo público. A consecuencia del hurto fue necesario realizar algunos trabajos de revisión del archivo, a fin de examinar la integridad del mismo y recomponerlo. En este caso, el Tribunal Supremo consideró los gastos consiguientes no como gastos generales de administración, sino como medidas provocadas por el delito y dirigidas a la reparación del daño.

5. Una importante evolución jurisprudencial se ha desarrollado en aras de la protección de los inversores de capital. En este campo había establecido ya el Tribunal Supremo, en el año 1978 (Sentencias del Tribunal Supremo en materia civil 71, 284; 72, 382), que en el caso de publicación de un programa —de inversión— inexacto, tanto los fundadores —de la sociedad inversora—, como las personas de quienes hubiese partido la iniciativa («Initiatoren») o los administradores —de la sociedad inversora— y las personas que, junto a los administradores, ejercían especial influencia en la sociedad, asumiendo —cargos de— responsabilidad, quedaban condenados a la indemnización del daño por culpa en la celebración del contrato («culpa in contrahendo»). No tendría a este respecto trascendencia el hecho de si los inversores conocían o no a estas personas o su influencia —en la sociedad—. Tan sólo dependería —su responsabilidad en orden a la indemnización— de que hubiesen dominado de hecho la sociedad y hubiesen apelado a la confianza del público a través del programa. Esta jurisprudencia se desarrolla aún más en el año 1980. En la Sentencia de 22 de mayo de 1980 (NJW 1980, 1840) la responsabilidad alcanza incluso a los abogados y supervisores de la economía —de la empresa inversora— que, con su conformidad, hubiesen sido designados en el programa —de inversiones— en su calidad de expertos, formulando en tal concepto declaraciones en el mismo. Determinante a este respecto sería el hecho de que tales personas suscitasen especial confianza —en el público—, en consideración a su renombrada y elevada cualificación profesional o comercial, o pericia profesional. La Sentencia de 6 de noviembre de 1980 (NJW 1981, 1449) amplía el contenido de esta doctrina jurisprudencial. En esta sentencia se determina que en el programa —de inversiones— deberán hacerse constar las relaciones de carácter comercial o profesional mantenidas o

que afecten a las personas que participan en la fundación o administración de la sociedad inversora de capital.

6. La consideración de las condiciones que determinan que un contrato de préstamo sea contrario a las buenas costumbres («sittenwidrig») y, consiguientemente, nulo, como sabemos, constituye un problema que se plantea renovadamente desde hace siglos. En su Sentencia de 10 de abril de 1980 (NJW 1980, 2074), el Tribunal Supremo vuelve a revisar los criterios que conducen a aquella consideración. Procederá examinar —a este respecto—, en primer término, la relación entre la prestación de quien otorga el préstamo y la contraprestación a que se obliga el que lo recibe. Nulo será el contrato cuando se aprecie aquí una clara desproporción, siendo así que el concedente del préstamo se aprovechará conscientemente de la débil situación económica del prestatario. Aun cuando no se dé esta intencionalidad en el concedente del préstamo, bastará su desconocimiento negligente sobre la incidencia de circunstancias que pudieran contrariar a las buenas costumbres —para que el préstamo se considere contrario a ellas y, por tanto, nulo. Según la Sentencia de 17 de abril de 1980 (NJW 1980, 2076), deberán también tomarse en consideración —a efectos de enjuiciar la posible contravención de las buenas costumbres— las circunstancias de celebración del contrato, especialmente en lo que se refiere a la cuestión de si el formulario contractual facilitaba suficiente información al prestatario —acerca del contenido del contrato—. En este contexto ha tenido lugar algún intento legislativo, que merece ser aludido. El «Bundesrat», representativo de los «Länder» (o Estados) de la República Federal, en su sesión de 21 de noviembre de 1980, acordó remitir al Parlamento o «Bundestag» un proyecto de ley para la modificación del § 138 del BGB. El problema de la nulidad del contrato de préstamo —de acuerdo a este propósito de reforma— se centraría en la objetiva desproporción entre la prestación y contraprestación de prestamista y prestatario, exclusivamente, sin que tuviese relevancia jurídica alguna el ánimo subjetivo («subjektive Gesinnung») del prestamista, apreciado hasta ahora por la jurisprudencia. El proyecto, sin embargo, no ha sido considerado por el «Bundestag» en el período legislativo que se concluyó en el año 1980.

7. En su Sentencia de 21 de febrero de 1980 (NJW 1980, 574), el Tribunal Supremo vuelve a pronunciarse sobre un problema típicamente alemán. Existen organizaciones y personas que, a cambio de remuneración, se comprometen a prestar ayuda a quienes pretenden huir desde la República Democrática Alemana a la República Federal. (Son los así llamados «Fluchthelfer» o «ayudantes de fuga»). El Tribunal Supremo, en más de una ocasión, ha debido examinar la validez de tales contratos. Habitualmente los ha considerado válidos. La vulneración de las leyes de la República Democrática Alemana no entraña la nulidad de tales contratos —a efectos del Derecho de la República Federal—, dada la profunda divergencia de planteamiento jurídico —que separa a ambos Estados—. Tampoco cabe en estos casos hablar

de contravención de las buenas costumbres. El prófugo tan sólo hace uso de su derecho de libre circulación —expresado por el artículo 11 de la Ley Fundamental de la República Federal—. El ayudante de fuga, que asume un grave riesgo, bien puede a cambio reclamar una remuneración. Incluso el pacto que exima de restituir un anticipo, en caso de frustración de la fuga, es admisible, en tanto no pese sobre el ayudante de fuga culpa grave. Y ello porque mediante el anticipo debían cubrirse expensas.

Información Legislativa (*)

A cargo de PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH

I. DERECHO CIVIL

1. *Parte General.*

1. ANDALUCIA.

Se somete a referéndum el proyecto de Estatuto de Autonomía.
Real Decreto 1835/1981, de 20 de agosto («BOE» del 26).

Aunque el Estatuto no haya concluido su tramitación se reseñan los aspectos del Proyecto que tienen mayor relevancia para el Derecho civil.

1. Condición política de andaluces: corresponde a los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Andalucía (art. 8).

2. Derecho de Andalucía; aplicación y eficacia: Las leyes y normas emanadas de las instituciones de autogobierno de Andalucía tendrán eficacia en su territorio.

El derecho propio de Andalucía es el aplicable con preferencia a cualquier otro en el territorio andaluz.

El derecho estatal tiene carácter supletorio del derecho propio de Andalucía (arts. 9 y 10).

3. Administración de Justicia: a) El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía: Es el órgano jurisdiccional que, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponda al Tribunal Supremo, culmina la organización judicial en el territorio andaluz (art. 24).

b) Competencia de los órganos: Se extiende, en el orden civil, a todas las instancias y grados, con excepción de los recursos de casación y revisión (art. 49).

2. PERSONAS JURIDICAS.

Régimen de las Sociedades Agrarias de Transformación.
Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto («BOE» del 14).

(*) Comprende el período de 1 de julio a 30 de septiembre de 1981.

A) Exposición.

1. Ambito de aplicación: El Real Decreto se aplicará a los expedientes de constitución de estas sociedades iniciados antes de su vigencia. Los antiguos Grupos Sindicales de Colonización deberán adaptar sus Estatutos a lo establecido en esta disposición, en el plazo de un año, sin que se modifique su personalidad jurídica. También deberán realizar tal adaptación las Sociedades Agrarias de Transformación existentes con anterioridad (disp. trans. 1.ª; 2.ª y 3.ª, disp. final 3.ª).

2. Sociedades Agrarias de Transformación. Concepto: Son sociedades civiles de finalidad económico-social, en orden a la producción, transformación y comercialización de productos agrícolas, ganaderos o forestales, la realización de mejoras en el medio rural, promoción y desarrollo agrarios y prestación de servicios comunes (art. 1).

3. Personalidad jurídica: Las Sociedades Agrarias de Transformación gozarán de personalidad jurídica y plena capacidad de obrar desde su inscripción en el Registro del Ministerio de Agricultura y Pesca.

4. Régimen de responsabilidad: De las deudas sociales responderá el patrimonio social y, subsidiariamente, los socios, de forma mancomunada e ilimitada, salvo que estatutariamente se hubiese pactado su limitación (art. 1, p. 2).

5. Normas aplicables: Estas sociedades se regirán por el presente Real Decreto, cuyas disposiciones habrán de ser respetadas por sus Estatutos y por las normas aplicables a las Sociedades civiles.

6. Régimen especial de las Sociedades Agrarias de Transformación: El Real Decreto regula con detalle los requisitos y organización propios de estas Sociedades, como denominación, domicilio y duración; documentación social; admisión, baja, derechos y obligaciones de los socios; capital social y participaciones; órganos, acuerdos sociales; Estatutos y su contenido; disolución, liquidación y cancelación de la inscripción.

De esta regulación se destacan seguidamente algunos de sus aspectos más relevantes:

a) Socios: sólo podrán promover una Sociedad de este tipo los titulares de explotaciones agrarias, los trabajadores agrícolas y las personas jurídicas que persigan fines agrarios (art. 5).

b) Límite de participación en el capital social: El total de las aportaciones de un socio no podrá exceder de la tercera parte del capital social (art. 8, p. 5).

c) Agrupación de Sociedades: Las Sociedades podrán asociarse o integrarse, constituyendo una Agrupación con personalidad jurídica y capacidad de obrar (art. 9).

d) Organos de gobierno: Serán Asamblea general, Junta rectora y Presidente (art. 10).

e) Disolución forzosa: Cuando concurra una causa de disolución y no sea acordada por la Asamblea, el Instituto para la Reforma Agraria o cualquiera de los socios podrán solicitar que el órgano competente de la jurisdicción civil declare disuelta la Sociedad (art. 13).

B) Observaciones.

El Real Decreto deroga expresamente la normativa referente a los Grupos Sindicales de Conservación de Mejoras (Decreto 2838/1971, de 14 de octubre, y disposiciones complementarias).

4. *Derecho de familia.*

3. CODIGO CIVIL.

Se modifica su Título IV, Libro I.
Ley 30/1981, de 7 de julio («BOE» del 20).

A) Exposición.

Tal como hicimos con la reforma del Código civil operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo (véase ADC, tomo XXXIV-II, disposición número 7 de la Información Legislativa), sólo reseñaremos brevemente las innovaciones principales que resultan de la nueva redacción.

1. Derecho transitorio: a) Eficacia de la Ley de Divorcio de 1932: los divorciados, a su amparo, por sentencia firme podrán contraer nuevo matrimonio, salvo si la sentencia fue anulada judicialmente (disp. trans. 1.º).

b) Aplicación de la nueva Ley a situaciones anteriores a su vigencia: los capítulos VI, VII y VIII (nulidad, separación y disolución del matrimonio) determinarán los efectos de los hechos o situaciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley. El tiempo transcurrido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley será computable a efectos de la separación o divorcio (disp. trans. 2.º).

2. Contenido del Título IV, Libro I.

Se estructura en 11 capítulos, reguladores de las materias que a continuación se exponen.

a) Promesa de matrimonio. Se actualiza la regulación del Código sobre los esponsales, sin alterar sus criterios básicos. Es decir, su eficacia se limita a originar una obligación de indemnización de perjuicios en caso de negativa a contraer el matrimonio (arts. 42 y 43).

b) Requisitos del matrimonio. Se establecen con pretensiones de generalidad, es decir, aplicable a las varias formas de contraer matrimonio previstas. El consentimiento matrimonial, núcleo esencial del matrimonio, es acertadamente regulado con separación de los impedimentos.

La tradicional distinción entre impedimentos disidentes e impedientes se encuentra implícita en el Código. Su número ha sido ampliamente reducido, respecto a la redacción legal anterior, pues sólo subsisten los de edad y ligamen como dirimientes y el parentesco de consanguinidad y el crimen como impedientes.

El otorgamiento de dispensa se agiliza al conferir la competencia para ello al ministro de Justicia y al juez de Primera Instancia (arts. 44 a 48).

c) Forma de celebración del matrimonio. Los requisitos formales del matrimonio tienen tal relevancia que son objeto de un capítulo especial.

Dos son las formas utilizables para contraer matrimonio: forma civil (ante el juez o funcionario competente) y forma religiosa. También es posible la utilización de una forma extranjera, en aplicación del principio «locus regit actum» cuando se trate de españoles fuera de España, o de la ley nacional, cuando se trate de extranjeros en España.

1. Forma civil: Se determinan los criterios de competencia del juez o funcionario que deba autorizar el matrimonio, admitiéndose la delegación. El matrimonio exige la tramitación del correspondiente expediente administrativo y su celebración ante el juez o funcionario y dos testigos mayores de edad.

Son reguladas como formas especiales: el matrimonio en peligro de muerte, secreto y por apoderado. Se asegura la validez del matrimonio putativo para los casos de incompetencia o falta de nombramiento legítimo del funcionario autorizante.

2. Forma religiosa: la celebración podrá ajustarse a la forma establecida por una confesión religiosa cuando así lo haya acordado con el Estado o lo autorice la legislación estatal. El matrimonio celebrado en estas condiciones producirá efectos civiles (arts. 49 a 60).

d) Inscripción del matrimonio en el Registro Civil. Sin perjuicio de que el matrimonio produzca efectos civiles desde su celebración, para su pleno reconocimiento, especialmente en cuanto afecte a terceros, precisa su inscripción registral. La práctica de la inscripción se ajustará a diversos requisitos, según el matrimonio se celebre en forma civil o religiosa o si se trate de matrimonio secreto (arts. 61 a 65).

e) Derechos y deberes de los cónyuges. La tradicional declaración de principios sobre esta materia se completa con el régimen para la fijación del domicilio conyugal y una presunción de convivencia de los cónyuges (arts. 66 a 72).

f) Nulidad del matrimonio. Las causas de nulidad son enumeradas con cierto desorden e imprecisión, incluyéndose como tales la falta de consentimiento, la concurrencia de impedimentos, la falta de intervención del funcionario autorizante o de los testigos, el error en la persona y la coacción o miedo grave. A pesar de esta enumeración no parece que las causas sean tasadas, pues el artículo 78 se refiere a la nulidad por defecto de forma fundada en razones distintas a las enunciadas.

La acción de nulidad tiene rasgos especiales cuando la causa es la falta de edad o el error, coacción o miedo grave. Se reconocen los efectos del matrimonio putativo y de las resoluciones dictadas por los Tribunales Eclesiásticos sobre nulidad o de las resoluciones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado (arts. 73 a 80).

g) Separación. La separación, que se decretará judicialmente, procederá cuando la consientan ambos cónyuges, después del primer año de matrimonio, y a petición de uno de los cónyuges, cuando exista causa legal.

Las causas legales de separación son tasadas, consistiendo en el incumplimiento grave de los deberes conyugales y familiares, la condena a pena privativa de libertad, el alcoholismo, toxicomanía o perturbaciones men-

tales, la separación de hecho continuada o la concurrencia de alguna causa de divorcio.

Expresamente se determina que la sentencia de separación hace cesar la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. Los efectos de la separación concluyen con la reconciliación, salvo decisión judicial relativa a la situación de los hijos (artículos 81 a 84).

h) Disolución del matrimonio. Son causas de disolución la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y el divorcio, que es regulado con detalle por la ley.

Las causas de divorcio se reducen a dos: La separación de hecho, continuada durante uno, dos o cinco años, según la situación de los cónyuges, y la condena por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

La Ley detalla el alcance que debe tener el cese efectivo de la convivencia conyugal, a efectos de la separación y el divorcio, así como la duración de la acción de divorcio.

La disolución por divorcio será eficaz a partir de la firmeza de la sentencia, debiendo inscribirse en el Registro Civil (arts. 85 a 89).

i) Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio. El «convenio regulador», que deben elaborar los cónyuges que consientan la separación o el divorcio, tiene un contenido legal mínimo. Debe referirse a la patria potestad, uso de los bienes familiares, contribución a las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico conyugal y pensión, en su caso. El convenio precisa ser aprobado por el juez, pudiendo modificarse, tanto por éste como por nuevo acuerdo. A falta de convenio, las medidas correspondientes se adoptarán por el juez.

El régimen de las relaciones paterno-filiales (obligaciones de los padres, alimentos, visitas), de los bienes del matrimonio y de la vivienda familiar se establece con separación por la Ley.

Uno de los cónyuges tendrá derecho a pensión cuando la separación o divorcio le produzca un desequilibrio económico que empeore su situación. Su cuantía será fijada en la resolución judicial y podrá modificarse o sustituirse por otras prestaciones. Igualmente podrá haber derecho a indemnización para el cónyuge de buena fe en caso de nulidad del matrimonio (arts. 90 a 101).

j) Medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio.

El texto legal permite distinguir los siguientes grupos de medidas:

1. Medidas provisionales. Se producen una vez admitida la demanda y en dos formas distintas.

— Por ministerio de la Ley: Los cónyuges podrán vivir separados, cesa la presunción de convivencia, se revocan los consentimientos y poderes otorgados y cesa la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en ejercicio de la potestad doméstica.

— Por resolución judicial, a falta de acuerdo de los cónyuges: Regulación de la patria potestad, uso de bienes familiares, contribución a las

cargas del matrimonio, bienes comunes y administración o disposición de bienes privativos afectos a las cargas matrimoniales.

2. Medidas previas. Las medidas señaladas anteriormente podrán solicitarse por el cónyuge que se proponga interponer la demanda. La demanda habrá de presentarse en el plazo de treinta días desde la adopción de las medidas.

Todas las medidas adoptadas concluirán con la terminación del proceso correspondiente, salvo la revocación de consentimientos y poderes, que es definitiva (arts. 102 a 106).

k) Normas de Derecho Internacional Privado.

Se altera el régimen general del art. 9, p. 2, del Código civil en cuanto a la separación y divorcio, que se regirán por la ley nacional común de los cónyuges al presentar la demanda. Subsidiariamente se atenderá a la ley de la residencia habitual común y a la ley española.

Los efectos en España de las sentencias extranjeras de separación o divorcio se producirán con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 107).

1) Otras modificaciones: La Ley modifica otros artículos del Código civil para coordinarlos con los nuevamente redactados. Así, el art. 195, cuyo último párrafo se suprime, al haberse establecido que la declaración de fallecimiento disuelve el matrimonio; el art. 855, consecuencia de la nueva regulación de la separación y el divorcio; el art. 919, en el que se suprime la referencia al matrimonio canónico.

También se suprime el art. 176, regulador de los efectos de la adopción y redactado últimamente por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, sin que pueda advertirse la razón de tal supresión, que posiblemente se deba a un error.

Las disposiciones adicionales de la Ley regulan dos materias de carácter sustantivo:

1. Inscripción en los Registros públicos. Las sentencias de separación, nulidad y divorcio se comunicarán de oficio a los Registros Civiles correspondientes y podrán anotarse o inscribirse en los Registros de la Propiedad y Mercantil, tanto aquéllas como las demandas.

2. Pensiones y Seguridad Social. Las prestaciones de la Seguridad Social serán percibidas por el cónyuge y los descendientes beneficiarios, aunque exista separación o divorcio. Tendrán la condición de beneficiarios quienes hayan vivido como matrimonio, pero sin poder contraerlo por impedirselo la legislación vigente.

Los derechos pasivos y pensiones corresponderán a los cónyuges en proporción al tiempo vivido con el fallecido. A efectos de derechos pasivos, los cónyuges separados se equiparan a quienes tengan su matrimonio disuelto.

B) Observaciones.

1. Esta reforma afecta a 67 artículos del Código civil, siendo evidente su relevancia, dada la peculiar incidencia social de la materia regulada.

De igual modo que en la anterior reforma del Código civil (Ley 11/1981,

de 13 de mayo, véase ADC, tomo XXXIV-II, núm. 7, de la Información legislativa) es de lamentar la supresión de artículos, dejados así «en blanco» dentro del Código (arts. 72 y 77). Resulta además sorprendente la supresión del artículo 176, redactado por la citada Ley de 13 de mayo de 1981 y regulador de los efectos de la adopción (parentesco, patria potestad y tutela). La inexistencia en tal artículo de contradicción alguna con la nueva reforma y la importación de la regulación que contiene hacen pensar que se trata de un error originado durante la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley (el proyecto, publicado en el «BOC» núm. 123-I, el 13 de marzo de 1980, daba nueva redacción al párrafo segundo del artículo). En realidad debió suprimirse toda referencia a este artículo, al ser abordada su reforma por la ley relativa a la filiación y patria potestad.

2. La nueva regulación del matrimonio cumple el mandato del artículo 32 de la Constitución, regulando todos los aspectos que éste indica y erigiendo el principio de igualdad entre los cónyuges como informador de todo su régimen. Se ajusta también la reforma al Acuerdo del Estado con la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, de 3 de enero de 1979, cuyo artículo VI se refiere al matrimonio canónico y sus efectos.

3. La reforma ha mejorado, en general, la sistemática del Título IV, Libro I del Código civil, depurando además el tratamiento jurídico de algunos aspectos del matrimonio. Es notable la reducción del número de impedimentos que se realiza (cfr. los antiguos arts. 83 y 84 con los actuales 46 y 47), ajustando su régimen a la verdadera naturaleza jurídica de los anteriores impedimentos y a la realidad social.

La aconfesionalidad del Estado tiene su reflejo en la regulación de las formas de matrimonio, al admitirse la celebración con arreglo a la forma prevista por una confesión religiosa cualquiera, siempre con la existencia de un control estatal.

Por el contrario, surge cierta confusión en la enumeración y deslinde de las causas de nulidad, de separación y de divorcio, que exigen una delicada labor de exégesis y comparación para su examen en cada caso concreto.

II. DERECHO REGISTRAL

4. REGISTRO DE ACTOS DE ULTIMA VOLUNTAD.

Nuevo modelo de impreso tríptico de tarjetas.
Orden de 1 de junio de 1981 («BOE» del 16).

Se aprueba un nuevo modelo de impreso tríptico de tarjetas para el servicio de este Registro. El nuevo modelo deberá utilizarse a partir del día 1 de octubre de 1981.

La Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 9 de junio de 1981 da instrucciones para cumplimentar el nuevo impreso.

III. DERECHO MERCANTIL**5. BANCOS PRIVADOS.**

Condiciones para su creación y funcionamiento.

Real Decreto 1294/1981, de 5 de junio («BOE» del 3 de julio).

A) Exposición.

1. Constitución por personas físicas y limitación de la participación extranjera: Las condiciones de que los Bancos privados deban estar constituidos únicamente por personas físicas y que la participación en su capital de personas físicas extranjeras no pueda exceder del 15 por 100 sólo serán aplicables durante los primeros cinco años de la existencia de tales Bancos.

2. Cese de las condiciones específicas: Se producirá cuando el Ministerio de Economía y Comercio conceda a los Bancos la confirmación definitiva de la autorización de creación, quedando sujetos a las normas generales.

B) Observaciones.

Esta disposición se refiere concretamente a los Bancos creados al amparo de los Decretos 63/1972, de 13 de enero, y 2246/1974, de 9 de agosto, que establecen el procedimiento de autorización y los requisitos para su creación y funcionamiento durante sus primeros años de existencia, hasta su confirmación definitiva.

6. SOCIEDADES DE GARANTIA RECÍPROCA.

Aceptación por el Estado y organismos públicos de sus avales y fianzas.

Real Decreto 1312/1981, de 10 de abril («BOE» del 7 de julio).

A) Exposición.

1. Ambito subjetivo de aplicación: Las Sociedades de Garantía Recíproca constituidas por pequeños y medianos empresarios al amparo del Real Decreto 1885/1978, de 26 de julio.

2. Autorización para la prestación de avales y fianzas: Podrán otorgar avales y fianzas ante el Estado, sus organismos autónomos, empresas públicas y entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, para garantizar las responsabilidades de sus socios partícipes.

3. Excepción: No son admitidos estos avales y fianzas para garantizar las responsabilidades correspondientes al cumplimiento de obligaciones tributarias.

4. Requisitos de las Sociedades de Garantía Recíproca para la admisión de sus avales y fianzas:

- a) Estar formalmente constituidas y operar con una antelación mínima de un año.
- b) Encontrarse inscritas en el Registro especial.
- c) Estar formadas por más de 200 socios partícipes.
- d) Contar entre sus socios protectores con entidades de interés público o general con participaciones en el capital que superen, en conjunto, el 20 por 100 del mismo.
- e) No exceder los avales de diez millones de pesetas.
- f) Limitar los avales prestados a favor de organismos públicos al 10 por 100 del total de cada ejercicio.
- g) Estos avales y fianzas no podrán ser objeto de aval por el Estado (disp. adic.).

5. Control: El cumplimiento de los requisitos deberá constar en informe, previo a la aceptación, de los Ministerios de Economía y Comercio y de Industria y Energía.

B) Observaciones.

En general, el régimen jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca se contiene en el citado Real Decreto 1885/1978, de 26 de julio («BOE» del 11 de agosto).

Excluida la posibilidad de utilizar los avales de Sociedades de Garantía Recíproca para garantizar obligaciones tributarias, quedan al margen de dichos vales tanto los procedimientos recaudatorios como los recursos administrativos en materia fiscal.

7. BOLSAS DE COMERCIO.

Modificación de su reglamento.

Real Decreto 1536/1981, de 13 de julio («BOE» del 28).

Se modifican 28 artículos del Reglamento de las Bolsas Oficiales de Comercio, de 30 de junio de 1967.

La modificación afecta a las siguientes materias:

1) Cotización oficial: Se suprime la necesidad de autorización del Gobierno para la cotización oficial de efectos públicos extranjeros.

La tramitación del expediente podrá ser conjunta para las solicitudes ante varias Juntas Sindicales.

Se altera la relación de documentos que deben acompañar a la solicitud de cotización oficial y se establecen directamente las condiciones mínimas para la admisión de los títulos-valores a la misma, distinguiéndose las especiales para acciones y obligaciones y títulos-valores similares, de las comunes.

2) Cotización calificada: Se establecen nuevos índices mínimos para el acceso a este tipo de cotización, así como las reglas para su cálculo, adquisición, pérdida y efectos.

3) Disposiciones comunes para ambas cotizaciones: Se refieren a la exclusión o suspensión de la cotización oficial.

4) Normas de contratación: Reciben una formulación más completa las reglas sobre determinación del cambio, cuantías mínimas de cambio para ciertas ocasiones, forma de expresión de cambios y variaciones en los cambios. Se regulan además los aspectos principales del sistema de contratación continuada, que podrá aplicarse, por el Ministerio de Economía y Comercio a determinados valores de cotización calificada.

5) Acta de cotización y boletín.

La entrada en vigor y aplicación de las innovaciones operadas por el presente Real Decreto son objeto de regulación por sus disposiciones transitorias y finales:

a) Entrada en vigor. Regla general: Las modificaciones realizadas por la presente disposición entrarán en vigor el primer día del primer trimestre natural que se inicie a partir de su publicación en el «BOE».

Regla especial: La modificación sobre clasificación de valores en el boletín de cotización entrará en vigor el 1 de enero de 1982.

b) Aplicación:

— Entidades o Sociedades emisoras de títulos-valores con cotización oficial: Podrán adoptar acuerdo de exclusión de la misma en la primera Junta general que celebren.

— Valores con cotización calificada: Podrán mantenerla durante dos años mientras cumplan las normas anteriormente en vigor.

Por Orden de 25 de septiembre de 1981 («BOE» del 29) se desarrollan las nuevas normas sobre cotización calificada relativas a los Fondos de Inversión Mobiliaria.

8. BANCOS PRIVADOS.

Modifica normas relativas al Fondo de Garantías de Depósitos.

Real Decreto 1620/1981, de 13 de julio («BOE» del 1 de agosto).

Se modifican varios artículos del Real Decreto 167/1980, de 28 de marzo, que perfeccionó y amplió el Fondo. Las modificaciones afectan a los siguientes aspectos:

1) Anticipos del Banco de España. Suprime la limitación cuantitativa que se encontraba establecida.

2) Garantía de los depósitos. Resulta elevada hasta un millón quinientas mil pesetas por depositante.

3) Expulsión del Fondo. La acarreará el incumplimiento, por los Bancos integrados, de las obligaciones establecidas.

4) Ampliación de las medidas utilizables por el Fondo para superar las situaciones de crisis bancaria en que intervenga.

Iguales criterios respecto a la garantía de los depósitos y expulsión del Fondo, se aplican a las actuaciones del mismo en relación con Cajas de Ahorro, modificándose, en tal sentido, el Real Decreto 2860/1980, de 4 de diciembre.

9. ENTIDADES PARTICULARES DE CAPITALIZACION Y AHORRO.

Se declaran a extinguir y se regula la garantía de los depósitos constituidos en las mismas.

Real Decreto-Ley 11/1981, de 20 de agosto («BOE» del 21).

A) Exposición:

1. Prohibición de nueva constitución: A partir de la publicación de la presente disposición no podrán constituirse nuevas entidades de ahorro particular.

2. Régimen para las entidades de ahorro particular existentes: En el plazo de dos años habrán de optar por disolverse o convertirse en entidades de capitalización o de cualquier otro objeto de lícito comercio.

3. Liquidación forzosa e intervenida de entidades: Podrá decretarse cuando la situación anormal de alguna entidad de ahorro particular comprometa, de manera inmediata, el exacto cumplimiento de las disposiciones contraídas con los suscriptores y asociados.

4. Garantía del Estado: El Estado garantiza los depósitos entregados a las entidades de ahorro particular en las situaciones y con los límites establecidos en el presente Real Decreto-Ley, subrogándose, en caso de pago, en los derechos de los acreedores correspondientes.

5. Efectos de la liquidación forzosa e intervenida de una entidad: Cesarán de devengar intereses y premios los depósitos de los ahorradores y los titulares de las acciones representativas del capital social o de las participaciones del fondo mutual de la entidad percibirán el haber líquido que, en su caso, resulte.

6. Exención tributaria: Los actos y documentos necesarios para el cumplimiento del presente Real Decreto-Ley y los derivados de las operaciones de liquidación forzosa e intervenida, estarán exentos de toda clase de tributos.

B) Observaciones.

Las entidades de ahorro particular afectadas por esta disposición se encuentran reguladas por la Ley de 22 de diciembre de 1955 y su Reglamento de 26 de abril de 1957.

10. CONTRATO DE SEGURO.

Se refunde y actualiza la normativa aplicable al seguro sobre la vida. Orden de 12 de agosto de 1981 («BOE» del 5 de septiembre).

La Orden sistematiza las normas reguladoras del seguro de vida, en el marco legal de la Ley del Contrato de Seguro, de 8 de octubre de 1980 (reseñada en ADC, tomo XXXIV-I, núm. 15 de la Información Legislativa).

Esta disposición se refiere a los siguientes aspectos: riesgos asegurables, tipos de contratación, condiciones técnicas del seguro, obligaciones de las aseguradoras, régimen de las solicitudes de inscripción o ampliación de inscripción en el ramo de vida, documentación exigible a las aseguradoras (presentación de modelos de pólizas, bases técnicas y tarifas de primas), control administrativo y sorteos de capitales adicionales. El artículo 11 señala las disposiciones o preceptos que resultan derogados.

11. NAVEGACION AEREA.

Se establecen las normas a seguir en caso de anulación de plazas y reembolso de billetes.

Real Decreto 2047/1981, de 20 de agosto («BOE» del 16 de septiembre).

A) Exposición:

1. Cargo por cancelación de plazas o no utilización de reserva.

a) Imposición: Podrá autorizarse por la Subsecretaría de Aviación Civil a las compañías aéreas, imponiéndose al pasajero titular del billete en caso de cambio o reembolso, cuando conste reserva firme, por no uso del mismo, sin haberse anulado con veinticuatro horas de antelación.

b) Cuantía: El 20 por 100 del importe del billete.

c) Excepciones: No procederá la imposición de cargo alguno en los siguientes casos:

— Cuando los billetes estén pendientes de confirmación, condicionados o abiertos.

— Cuando se trate de billetes de niño.

— Cuando el cambio o cancelación se deba a cancelación del vuelo, pérdida de enlace, omisión de escala, modificación de tarifas u horarios, otras causas imputables a la compañía o fuerza mayor del viajero.

d) Mención obligatoria en los billetes: Se harán constar en ellos las consecuencias económicas que regula la presente disposición.

2. Oposición al cargo: El pasajero que considere improcedente el descuento que le haya practicado una compañía podrá denunciar el hecho a la Dirección General del Transporte Aéreo, la cual ordenará, en su caso, la devolución del cargo, pudiendo imponer una multa a aquélla.

B) Observaciones.

El presente Real Decreto desarrolla la previsión contenida en el art. 95 de la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960 y es complementario del Real Decreto 1961/1980, de 13 de julio (véase ADC, tomo XXXIV-I, disposición núm. 12 de la Información Legislativa).

A pesar de la naturaleza puramente privada de las relaciones entre el

pasajero y la compañía aérea, las cuestiones que suscite la imposición del cargo, aquí regulado, se remiten a la llamada actividad arbitral de la Administración, dado el especial control administrativo sobre el transporte aéreo.

IV. DERECHO PROCESAL

12. JUZGADOS DE FAMILIA.

Creación en diversas ciudades.

Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio («BOE» del 8).

A) Exposición.

1. Entrada en funcionamiento: Estos Juzgados iniciarán sus actividades el día 1 de septiembre de 1981 (art. 7).

2. Creación de Juzgados: Se crean 26 Juzgados de Primera Instancia en diversas ciudades.

3. Competencia material: Los nuevos Juzgados conocerán de forma exclusiva, por vía de reparto, de las actuaciones judiciales previstas en los títulos IV y VII del libro I del Código civil, así como de aquellas otras cuestiones que, en materia de Derecho de familia, les sean atribuidas por las leyes (art. 1, p. 2).

4. Régimen jurídico: La organización, régimen, composición, competencia territorial, funcionamiento y provisión de destinos se regularán por las disposiciones vigentes sobre la materia.

B) Observaciones.

Como indica el preámbulo del Real Decreto, la creación de estos Juzgados fue ordenada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modificó el Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (véase su disposición final).

13. PROCESOS MATRIMONIALES.

Se regulan con ocasión de la reforma del Código civil.

Ley 30/1981, de 7 de julio («BOE» del 20).

A) Exposición.

1. Aplicación de estas normas procesales: Deberán observarse en tanto no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Competencia de los órganos jurisdiccionales españoles: Conocerán de las demandas de separación, divorcio y nulidad del matrimonio cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española o residan en España o aquí resida el demandado (disp. adic. 1.ª).

3. Competencia del Juez: En los procesos de nulidad, separación y divorcio será competente el Juez de 1.ª Instancia del lugar del domicilio conyugal o, en su defecto, el del último domicilio del matrimonio o de la residencia del demandado, a elección del demandante (disp. adic. 3.ª).

4. Intervención del Ministerio Fiscal: Será parte siempre que alguno de los cónyuges o sus hijos sean menores, incapacitados o ausentes (disposición adicional 8.ª).

5. Medidas procesales: Las actuaciones judiciales en estos procesos no serán públicas y las tasas judiciales se reducirán al 50 por 100 (disposición adicional 8.ª).

6. Régimen especial de los distintos procesos.

a) Eficacia civil de resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos: Se aplica el mismo criterio de competencia recogido en el anterior núm. 3.

Previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal resolverá el Juez mediante auto no recurrible. Las partes y el Fiscal podrán, en caso de denegación, formular su pretensión en el proceso correspondiente (disposición adicional 2.ª).

b) Domicilio conyugal y medidas previas o provisionales de los procesos. Se dictarán las oportunas resoluciones con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 1.884, 1.885, 1.896 y sig.) (disp. adic. 4.ª).

c) Separación y divorcio, en general, nulidad y procesos matrimoniales sin regulación especial: Se sustanciarán a través de los trámites de los incidentes, con las especialidades que se establecen (sobre conciliación, beneficio de pobreza, plazos, reconvencción, prueba). El recurso de casación sólo procederá a instancia del Ministerio Fiscal y en interés de la ley (disposición adicional 5.ª).

d) Separación y divorcio de común acuerdo: La ley determina la documentación que, en cada caso, ha de aportarse por los cónyuges, siendo los trámites del proceso especialmente breves y sencillos. En la resolución el Juez habrá de decidir sobre el convenio regulador de la futura situación conyugal y familiar. Las normas, de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el procedimiento de los incidentes serán aplicables supletoriamente (disposición adicional 6.ª).

e) Nulidad por falta de consentimiento matrimonial o concurrencia de un vicio en el mismo: Los procesos correspondientes se sustanciarán por los trámites del juicio declarativo ordinario (disp. adic. 7.ª).

B) Observaciones.

1. Esta regulación, también provisional, sustituye, en cuanto a los procesos de separación, a la Ley 76/1980, de 26 de diciembre (reseñada en ADC, tomo XXXIV-II, núm. 6, de la Información Legislativa), que se deroga expresamente.

2. Ya creados los Juzgados de Familia, éstos serán los que intervengan, en su caso, en los procesos matrimoniales (véase el Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, reseñado anteriormente).

3. Merece especiales críticas negativas la redacción de la disposición adicional sexta cuyos últimos apartados contienen meras repeticiones. En efecto, la posibilidad de recurrir en apelación las sentencias y autos dictados en los procesos de separación y divorcio que regula se indica en los apartados 7 y 10; la preceptiva postulación procesal, en los apartados 9 y 12 y la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los apartados 9 y 14.

4. La proliferación de procesos especiales sujetos a normas peculiares contenidas en textos separados hace cada vez más necesaria la elaboración de un Código Procesal Civil que ordene, con criterios generales y modernos, esta materia. Esta regulación procesal en disposiciones adicionales de una ley de reforma del Código civil muestra con claridad los defectos de la situación actual.

14. PROCEDIMIENTO CIVIL.

Convenio entre España y la República de Austria, complementario del Convenio de La Haya de 1 de marzo de 1954, firmado en Viena el 14 de noviembre de 1979.

Instrumento de 11 de mayo de 1981 («BOE» del 8 de agosto).

A) Exposición.

1. Principio de igualdad de trato: Los nacionales de cada Estado contratante gozarán, en el territorio del otro Estado, del mismo tratamiento que los nacionales de este último, en cuanto a la protección legal y judicial de carácter procesal civil. Tendrán libre acceso a los Tribunales y podrán comparecer en juicio en las mismas condiciones que los nacionales del otro Estado.

2. Comunicaciones entre los Estados:

a) Actas: Las actas judiciales o extrajudiciales, en materia civil o mercantil, procedentes de un Estado y dirigidas a residentes en el otro Estado, podrán dirigirse por la autoridad judicial requirente a la requerida, a través de los respectivos Ministerios de Justicia. Las actas estarán dispensadas de legalización, apostilla u otras formalidades.

b) Comisiones rogatorias: Cuando se refieran a materia civil o mercantil, procedan de un Estado contratante y hayan de ejecutarse en el otro Estado, podrán ser dirigidas por la autoridad judicial requirente a la requerida, a través de los Ministerios de Justicia.

c) Comunicación directa con los propios nacionales en el extranjero: Será facultad de cada Estado realizarla a través de sus representantes diplomáticos o consulares.

d) Inexcusabilidad de la comunidad: No podrá denegarse la notificación o ejecución por la competencia exclusiva de los Tribunales del Estado requerido para conocer del asunto.

3. Eficacia de documentos: Los documentos públicos y privados cuya autenticidad haya sido declarada por una autoridad judicial o administrativa o por notario público de uno de los Estados contratantes serán admitidos en los procedimientos sobre materia civil y mercantil que se tramiten ante los Tribunales del otro Estado, sin necesidad de legalización, apostilla o formalidad equivalente.

4. Lengua utilizable: Las actas, comisiones, comunicaciones y escritos serán redactados en la lengua oficial del Estado requirente. Las comunicaciones y escritos relativos a su ejecución se redactarán en la lengua oficial del Estado requerido.

5. Incompetencia de la autoridad judicial requerida: Deberá remitir de oficio el acta o comisión rogatoria a la autoridad judicial competente.

B) Observaciones.

El Convenio de La Haya sobre procedimiento civil, al que se refiere el presente, tiene fecha de 1 de marzo de 1954, siendo ratificado por España mediante instrumento de 28 de junio de 1961 («BOE» del 13 de diciembre).

V. OTRAS DISPOSICIONES

15. SALARIO MINIMO INTERPROFESIONAL.

Fijación.

Real Decreto 1326/1981, de 19 de junio («BOE» del 8 de julio).

En aplicación del art. 27 del Estatuto de los Trabajadores, se fija el salario mínimo interprofesional, con efectos a partir del día 1 de abril de 1981 y hasta el 31 de diciembre. El salario mínimo para trabajadores mayores de dieciocho años queda fijado en 854 pesetas-día o 25.620 pesetas-mes.

16. AGUAS EN TARRAGONA.

Se regulan determinadas actuaciones en esta materia.

Ley 18/1981, de 1 de julio («BOE» del 11).

Corresponderá al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo la elaboración o ejecución de un Plan de obras de acondicionamiento y mejora de la infraestructura hidráulica del Delta del Ebro. El caudal de agua recuperado podrá ser destinado al abastecimiento urbano e industrial mediante la oportuna concesión y el pago del canon establecido por la Ley.

17. PERSONAL MILITAR PROFESIONAL

Creación de la situación de reserva activa y fijación de las edades de retiro.

Ley 20/1981, de 6 de julio («B. O. E.» del 11).

Se crea para el personal militar de carrera y clases de tropa, de Marinería y de la Guardia Civil la situación de reserva activa, en la que se permanecerá hasta pasar a la situación de retirado o de segunda reserva.

La Ley precisa las actividades y retribuciones correspondientes a la nueva situación, así como las causas para el pase a la misma (edad, tiempo de servicios, petición propia, decisión del ministro de Defensa).

También se establecen las edades para el retiro forzoso en los Cuerpos y Escalas de las Fuerzas Armadas y se regula la situación de segunda reserva, propia de los Oficiales Generales que alcancen la edad de retiro forzoso.

El Real Decreto 1.611/1981, de 24 de julio («B. O. E.» del 31) regula las primeras medidas a adoptar para el desarrollo de esta Ley.

18. CONTRATO DE TRABAJO

Regulación de los contratos de trabajo en prácticas y para la formación de jóvenes trabajadores.

Real Decreto 1.361/1981, de 3 de julio («B. O. E.» del 11).

Contrato de trabajo en prácticas es el concertado entre quien posea una titulación académica, profesional o laboral reconocida debidamente y un empresario, a fin de aplicar sus conocimientos para perfeccionarlos y adecuarlos al nivel de estudios cursados por el interesado, al mismo tiempo que la Empresa utiliza el trabajo del empleado. El contrato debe formalizarse por escrito y dentro de los dos años siguientes a la obtención de la titulación; su duración no podrá ser inferior a tres meses, ni superior a doce.

Contratos de trabajo para la formación laboral es el suscrito entre un joven y un empresario, que se obliga a proporcionarle una capacitación práctica y tecnológica, metódica y completa, a la vez que utiliza el trabajo del que aprende, mediante el pago de una retribución. El contrato comprenderá un período de enseñanza, fundamentalmente teórica, y su duración no podrá exceder de dos años.

El presente Real Decreto es desarrollo del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980, de 10 de marzo).

19. CONTRATOS DE TRABAJO

Se regulan los concertados a tiempo parcial.

Real Decreto 1.362/1981, de 3 de julio («B. O. E.» del 11).

Los contratos de trabajo a tiempo parcial, tanto los de duración indefini-

da como los de duración determinada quedan regulados por esta disposición. Deberán revestir forma escrita para dar lugar a la aplicación del sistema especial de cotización a la Seguridad Social, presumiéndose que son concertados por tiempo indefinido. A los contratos de trabajo a tiempo parcial de duración determinada se aplicarán las normas reguladoras de la contratación temporal, según su modalidad (actualmente el Real Decreto 2.303/1980, de 17 de octubre).

El presente Real Decreto desarrolla el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores.

20. CONTRATOS DE TRABAJO

Autorización para la contratación temporal como medida de fomento del empleo.

Real Decreto 1.363/1981, de 3 de julio («B. O. E.» del 11).

Haciendo uso el Gobierno de la autorización contenida en el artículo 17, p. 3, del Estatuto de los Trabajadores, se autoriza la celebración de contratos de duración determinada hasta el día 31 de diciembre de 1982.

El Decreto precisa los trabajadores con los que se podrán celebrar los contratos, las condiciones de contratación y las limitaciones en función de la plantilla del centro de trabajo.

21. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

Doctrina expuesta en contestaciones vinculantes a consultas formuladas por los contribuyentes.

Orden de 17 de junio de 1981 («B. O. E.» del 18 de julio).

Se publican 139 consultas y contestaciones en que se expresa la doctrina administrativa sobre el referido Impuesto.

La publicación de consultas fue realizada ya, en relación con el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, por la Orden de 17 de abril de 1980.

22. MAGISTRATURA DE TRABAJO

Régimen retributivo de los Magistrados y Secretarios.

Ley 31/1981, de 10 de julio («B. O. E.» del 20).

Se regulan las retribuciones de los miembros de los Cuerpos de Magistrados de Trabajo y de Secretarios de Magistraturas de Trabajo.

Las disposiciones adicionales de la Ley fijan las edades para la jubilación forzosa de los Magistrados de Trabajo. La aplicación de esta Ley y los efectos económicos resultantes se retrotraen al día 1 de abril de 1980 (disp. final 2.ª).

23. ENTES PREAUTONOMICOS

Régimen presupuestario y patrimonial.

Ley 32/1981, de 10 de julio («B. O. E.» del 20).

Se regula el funcionamiento de los entes preautonómicos en su aspecto económico, estableciéndose la estructura y procedimiento de elaboración y aprobación de sus presupuestos, el sistema para el control financiero de su actividad, y el régimen de responsabilidad, cesiones de bienes y contratos de tales entes.

Con carácter general el trato fiscal de los entes preautonómicos será el mismo que la Ley dispense al Estado.

Cuando el Estado transfiera a los entes preautonómicos locales arrendados, éstos se subrogarán en los contratos de arrendamiento, sin alteración en sus condiciones (disp. final 4.ª).

24. AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA

Estatutos Generales de la Profesión y de sus Colegios Oficiales.

Real Decreto 1.613/1981, de 19 de junio («B. O. E.» del 31 de julio).

Se aprueban los Estatutos Generales, en los que se regula la actuación profesional de los Agentes, el funcionamiento y régimen jurídico de sus Colegios Oficiales y del Consejo General.

25. ADMINISTRACION PERIFERICA DEL ESTADO

Se reforma su organización.

Real Decreto 1.801/1981, de 24 de julio («B. O. E.» del 20 de agosto).

Esta reforma obedece a la nueva organización territorial del Estado establecida por la creación de las Comunidades Autónomas, complementando la regulación de las Delegaciones Generales del Gobierno en dichas Comunidades, contenida en el Real Decreto 2.238/1980, de 10 de octubre, y de los Gobiernos Civiles, realizada por el nuevo Estatuto de 22 de diciembre de 1980.

La Administración Periférica del Estado estará integrada por las Delegaciones Generales del Gobierno en el territorio de las Comunidades Autónomas y por los Gobiernos Civiles, cuya estructura se regula en la presente disposición.

Las Delegaciones de Hacienda mantienen un régimen especial, conforme a su situación tradicional, actualmente contenido en el Real Decreto 489/1979, de 20 de febrero.

26. RECLAMACIONES ECONOMICO-ADMINISTRATIVAS

Se aprueba su nuevo Reglamento.

Real Decreto 1.999/1981, de 20 de agosto («B. O. E.» de 9 y 10 de septiembre).

Se aprueba un nuevo Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas en sustitución del anteriormente vigente de 26 de noviembre de 1959.

La elaboración del nuevo Reglamento es consecuencia de las innovaciones que, en el régimen de estas reclamaciones, introdujeron la Ley 39/1980, de 5 de julio y el Real Decreto-Legislativo 2.795/1980, de 12 de diciembre.

27. IMPUESTO EXTRAORDINARIO SOBRE EL PATRIMONIO

Presentación de nuevas declaraciones por el ejercicio 1980.

Orden de 29 de julio de 1981 («B. O. E.» del 17 de agosto).

Los contribuyentes que, al amparo del artículo 38 de la Ley 74/1980, de 29 de diciembre, reguladora de los Presupuestos Generales del Estado para 1981, hubiesen declarado y valorado sus participaciones en entidades que no cotizaban en Bolsa mediante capitalización del promedio de los beneficios sociales, deberán presentar una nueva declaración de este Impuesto, relativa al ejercicio 1980.

Esta declaración deberá formularse antes del día 10 de junio de 1982 y la deuda tributaria resultante no incluirá recargo, interés ni sanción.

La presente Orden es consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1981, que declaró inconstitucional el citado artículo 38 de la Ley de Presupuestos.

28. CONTRATO DE TRABAJO

Relación laboral especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas.

Real Decreto 2.033/1981, de 4 de septiembre («B. O. E.» del 12).

Se regula la relación laboral especial a que se refiere el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 2, p. 1, letra f).

El contrato deberá formalizarse por escrito y su duración será indefinida o limitada, aunque prorrogable automáticamente.

El trabajador no estará sujeto a jornada laboral y tendrá derecho al reconocimiento de su clientela. La retribución podrá consistir en comisiones o ser fija, en todo o en parte.

Las normas generales sobre suspensión y extinción de la relación laboral se aplicarán con alguna especialidad a este tipo especial.

29. FUSIONES DE EMPRESAS

Se aprueba el Reglamento sobre su régimen fiscal.

Real Decreto 2.182/1981, de 24 de julio («B. O. E.» del 26 de septiembre).

El Reglamento establece los requisitos que deben cumplir las operaciones de fusión o escisión de Empresas que reciben trato fiscal beneficiado con arreglo a la Ley 76/1980, de 26 de diciembre (Véase en ADC, tomo XXXIV, disposición núm. 8 de la Información legislativa).

Destaca, de este Reglamento, el detalle del régimen aplicable a las escisiones de Empresas, que permite concretar los requisitos, materiales y formales, de su realización. Los acuerdos que sean precisos para las fusiones o escisiones proyectadas deberán adoptarse bajo la condición suspensiva de la concesión por el Ministerio de Hacienda de los beneficios tributarios correspondientes.

Los beneficios tributarios de estas operaciones podrán afectar al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Impuesto sobre Sociedades, Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas e Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos.

30. ARMAS

Se aprueba un nuevo Reglamento de Armas.

Real Decreto 2.179/1981, de 24 de julio («B. O. E.» del 25 de septiembre).

Este Reglamento, junto al relativo a explosivos, que fue aprobado por el Real Decreto 2.114/1978; de 2 de marzo, sustituye al antiguo Reglamento de Armas y Explosivos de 27 de diciembre de 1944.

Se establecen las normas de clasificación de las armas y se regula su fabricación, circulación, comercio, tenencia y uso.

SEMINARIO SOBRE ASPECTOS JURIDICOS DE LA EXPLOTACION FAMILIAR AGRARIA Y DE LOS JOVENES AGRICULTORES

1. Como se sabe, uno de los temas que separa de un modo muy destacado a Derecho común y Derechos forales es la manera diversa de entender el fenómeno sucesorio; el signo individualista que prevalece en el Código civil contrasta notablemente, se dice, con la concepción de índole familiar de la sucesión *mortis causa* que impera en los Derechos forales, lo que incide en la transmisión hereditaria de la explotación agrícola y, sobre todo, en la distinta configuración de la misma en los territorios regidos por uno u otros. De acuerdo con este planteamiento tradicional, la orientación del primero se plasma, entre otros aspectos, en la prohibición de los pactos sucesorios, en el carácter personal e indelegable de la facultad de testar y en la rigidez del sistema legitimario, mientras que la concepción que inspira a los últimos se concreta, fundamentalmente, en la admisión de tales pactos, en la aceptación de los testamentos pluripersonales y en una flexibilidad legitimaria más o menos amplia. Ahora bien, el Proyecto de Ley constitutivo del nuevo Estatuto de la explotación familiar agraria y de los jóvenes agricultores, de 26 de febrero de 1980 («B. O. C.» de 6-3-1981, Ponencia y enmiendas en el de 28-4-1981), representa, en este sentido, un paso decisivo hacia la aproximación del Derecho común a los Derechos forales, por cuanto establece que la vocación hereditaria puede hacerse, para designar al sucesor en la titularidad de la explotación agrícola, de forma preferente, mediante pacto sucesorio al par que, a falta de éste, en testamento mancomunado o en testamento por comisario, sin perjuicio del testamento individual y de la sucesión *ex lege*. De aquí se deriva la importancia del mencionado Proyecto de Ley, que trasciende los límites del Derecho agrario para situarse en el centro de una de las cuestiones que ha preocupado constantemente a nuestra doctrina del siglo pasado y del actual, al que creemos que debe prestarse, por ello, mucha atención.

Con todo, no es éste el único contenido innovador del texto prelegislativo a que nos estamos refiriendo. Antes bien, los objetivos del Proyecto son extensos y de naturaleza diversa, a saber: estimular la incorporación a la dirección de las explotaciones de los parientes que colaboren con el titular y que hayan de sucederle, en su día, en la titularidad; proteger la integridad y la unidad de la explotación, lo mismo *inter vivos* que *mortis causa*; promover el desarrollo y la modernización de la misma, en línea con la política de reforma de las estructuras de la Comunidad Económica Europea; facilitar el acceso de los jóvenes agricultores —los menores de treinta y cinco años— a la propiedad de las explotaciones y, por último, fomentar el acceso a la publicidad registral de las mismas. El Proyecto, sin embargo, no trata de proteger de forma indiscriminada a cualquier tipo de explo-

tación agrícola, sino solamente a las que, por su viabilidad potencial, se correspondan con la nueva figura legal de la explotación familiar agraria cuyos presupuestos define el artículo 2.º del texto actual, a la vez que suprime los patrimonios familiares, que, a lo largo de treinta años de existencia, han vivido únicamente en la letra de la ley. Diversos son también los instrumentos técnicos previstos por el Proyecto para la obtención de estos objetivos, los que se pueden esquematizar así. Por lo que se refiere a la relación de trabajo surgida en el seno de las labores que la explotación exige, el texto define la figura del colaborador, determina sus derechos y obligaciones mínimos y, en fin, regula el llamado acuerdo familiar, nuevo negocio jurídico típico de Derecho de familia de índole patrimonial; en cuanto a la integridad de la explotación, el Proyecto contempla la indivisión *inter vivos* de la misma, a no ser que existan circunstancias especiales que autoricen excepcionalmente una segregación, así como un sistema de codisposición por los cónyuges en el supuesto de que se trate de un bien ganancial, aparte de una nueva disciplina de la transmisión *mortis causa*, de la que nos ocupamos muy brevemente al final; por lo que respecta a la modernización y desarrollo de la explotación y al acceso a la propiedad, la instalación independiente y la cualificación profesional de los jóvenes agricultores, el Proyecto prevé una serie de ayudas y beneficios de tipo económico y fiscal; por último, para estimular el ingreso a la vida registral de las explotaciones familiares agrarias, el Proyecto facilita la inmatriculación y permite la reanudación del tracto sucesivo por simple acta de notoriedad en las condiciones que él mismo fija, además de estimar suficiente para afectar con eficacia real los inmuebles incorporados a la explotación, mediante nota marginal, el documento administrativo que acredite la calificación de la misma como familiar agraria.

2. Para el examen de este Proyecto de Ley, el Departamento de Derecho civil de la Universidad de Valladolid y la Dirección General de Investigación y Capacitación Agraria del Ministerio de Agricultura han organizado un Seminario internacional que tuvo lugar los días 4 a 7 de mayo en la Escuela de Capacitación Agraria de San Rafael de la Santa Espina, Valladolid, al que concurrieron destacados especialistas españoles y extranjeros para estudiar los aspectos jurídicos más relevantes del mismo, cuyas orientaciones y características generales fueron expuestas por el propio Director General, Dr. GARCÍA FERNÁNDEZ, en un trabajo sobre *La Oportunidad y necesidad del Proyecto de Ley*. Las Ponencias de tipo general, que se aproximaron al texto desde diversos ángulos, estuvieron a cargo de los profesores LUNA SERRANO, ANTONIO CARROZZA, de la Universidad de Pisa, y SANZ JARQUE, y versaron, respectivamente, sobre *La explotación agrícola familiar desde el punto de vista jurídico*, *La originalidad y complejidad de la aproximación española a una temática de fundamental importancia para el Derecho agrario de los años ochenta* y *Aspectos sociológicos de las explotaciones familiares agrarias en España*, a las que hay que unir las comunicaciones de AGUNDEZ FERNÁNDEZ, *Anotaciones críticas*, y SOLDEVILLA Y VILLAR, *La explotación familiar agraria de la agricultura tradicional a la nueva empresa agraria*. De la vasta problemática que estos trabajos pusieron de relieve, consideramos de interés señalar aquí la cuestión de si la explotación agrícola

familiar puede existir o no al margen el reconocimiento oficial, que planteó el profesor LUNA SERRANO y respecto de la que pareció prevalecer una opinión afirmativa, lo que importa destacar, pues sirve de fundamento a la *vis expansiva* de la disciplina sucesoria prevista por el Proyecto, sobre todo en el ámbito del Derecho común. Cuatro temas fueron objeto de Ponencias de tipo particular, a saber: la problemática de los jóvenes agricultores, el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, la transmisión *mortis causa* y la técnica registral. El primero de estos temas fue tratado por el profesor AMAT ESCANDELL, la doctora D'ADEZIO, de la Universidad de Pisa, y por el profesor de la Universidad de Poitiers, JACQUES DAVID, en sendos trabajos titulados *La inserción de los jóvenes agricultores en la explotación familiar agraria*, *La tutela de los jóvenes agricultores según las orientaciones de la política comunitaria europea y las primeras experiencias en la legislación italiana* y *Aproximación al Derecho francés sobre jóvenes agricultores*, y fue objeto de la comunicación leída por JOSÉ MARÍA CABALLERO GONZÁLEZ. Una muestra del interés del Proyecto la constituye la disparidad de criterios que surgió acerca de la naturaleza jurídica del vínculo de colaboración estipulado en el acuerdo familiar, pues, por un lado, para el profesor AMAT ESCANDELL, se trata de un contrato de trabajo complejo, atípico y semejante al *salairé diféré*, mientras que, por otro, estima CABALLERO GONZÁLEZ que es un contrato agrario de índole civil. Igualmente discutible es el segundo tema que abordó el Subdirector General de Legislación, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Agricultura, don JOSÉ FRANCISCO PEÑA DÍAZ, en su trabajo sobre *las Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en relación con las explotaciones familiares agrarias*. Abundantes fueron los trabajos sobre el tercero de los temas apuntados, que se estudió a través de tres Ponencias a cargo de los profesores VATTIER FUENZALIDA, WOLFGANG WINKLER, de la Universidad de Göttingen, y la doctora FERRUCCI, de la Universidad de Pisa, en las que examinaron, respectivamente, *La transmisión «mortis causa» de las explotaciones familiares agrarias*, *la Familia rural y las explotaciones familiares agrarias en el Derecho alemán de familia y sucesiones* y *la Fisonomía del proyecto de ley italiano para la solución global del problema de la sucesión «mortis causa» en la agricultura*; son de recordar, además, las interesantes observaciones críticas que expuso oralmente la profesora TORRES GARCÍA y las comunicaciones de MONTOLIO HERNÁNDEZ, *Valoración de la explotación familiar agraria ante el fenómeno particional*, y LLOMBART BOSCH, *Algunos aspectos de la sucesión testamentaria y en particular el testamento mancomunado*. El tema registral fue examinado en profundidad por el registrador, don CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO al estudiar *las Explotaciones familiares agrarias y el Registro de la Propiedad*, quien ha intervenido, por otra parte, en la redacción del Proyecto en este aspecto, y fue objeto de la crítica del profesor VELASCO FERNÁNDEZ en su estudio *Sobre determinados aspectos registrales del Proyecto*, por no haberse decidido introducir la inscripción constitutiva. Por último, las *Conclusiones del Seminario* estuvieron a cargo del profesor DE LOS MOZOS, verdadero animador del mismo, quien resumió de forma magistral los principales resultados de estos trabajos, los que constituyen una primera aproximación

crítica al texto prelegislativo, tanto en el plano de la política del Derecho cuanto en el de la *révolte* contra el Código civil que en el campo del Derecho de sucesiones, por lo menos, establece.

Señalemos, para terminar, los rasgos más salientes de la nueva disciplina sucesoria, a saber: Un régimen tendencialmente único y uniforme para la transmisión *mortis causa* de toda titularidad sobre la explotación agrícola; atribución íntegra de la explotación indivisa a un heredero único, y consiguiente alteración de los principios legitimarios del Derecho común, y, en fin, concordancia de las relaciones de familia y sucesorias fundada en la idea de que la explotación es siempre el resultado de la solidaridad familiar. Muy brevemente, el Proyecto reduce a tres los cinco regímenes hereditarios especiales que existen en la legislación agraria en vigor al suprimir los de las explotaciones adjudicadas por el IRYDA, y el de los patrimonios familiares, además del propio de los arrendamientos rústicos, todos los cuales se regirán, si el Proyecto llega a ser ley tal como está hoy, por la nueva disciplina, quedando subsistentes, sin mucha justificación, el régimen de los huertos familiares y el de las unidades mínimas de cultivo, probablemente por su escasa entidad y falta de aplicación práctica. La nueva disciplina gravita no sobre la propiedad rústica, sino sobre la explotación agrícola propiamente, y constituye, por tanto, una verdadera sucesión particular agraria, que atiende a la transmisión *mortis causa* de la titularidad de cualquier derecho subjetivo, de carácter real o personal, cuyo objeto sea la explotación. El Proyecto mantiene, por otra parte, la técnica de la atribución íntegra de la explotación indivisa, a no ser que, dividida, dé lugar a otras explotaciones familiares agrarias independientes; consecuencia de esto es la designación de un heredero único *ex voluntate* o *ex lege*, el cual, a pesar de la naturaleza particular de la institución, debe ser considerado como heredero, y no legatario, así como la modificación de las legítimas de los llamados herederos forzosos excluidos de la sucesión en la titularidad de la explotación, si no hay en el caudal relicto otros bienes que permitan su pago íntegro, actual e *in natura*; en este caso, el Proyecto admite la reducción de las legítimas «a la cuantía mínima que señale la legislación civil», un aplazamiento del pago hasta diez años devengando el interés legal y su conmutación en metálico. Se trata, pues, de una *pars valoris bonorum*, igual que los supuestos excepcionales que admite el Código civil, pero diversa de la legítima catalana; no es un crédito contra la herencia por un determinado *quantum* actualizable asegurado por una acción de tipo real, sino que es un freno a la libertad de testar que da derecho, en principio, a bienes de la herencia por el título que sea, o su equivalente en dinero, asegurado por el *modus* que la ley impone al heredero favorecido, por la afección *ex art. 35-4 LRYDA*, que el Proyecto mantiene, y por la acción de división que corresponde al legitimario por el juego de la reserva del art. 806, en relación con los arts. 1.051 y siguientes del Código civil. En fin, manifestaciones significativas del principio de solidaridad familiar son, entre otras, la preferencia de la vocación hereditaria contractual, los testamentos mancomunados y por comisario, el usufructo vitalicio del cónyuge superviviente y, sobre todo, en la sucesión *ab intestato*, la preferencia del vínculo de colaboración sobre el simple parentesco, la regla

de la mayoría, y no de la unanimidad, para elegir al sucesor y el predominio de la antigüedad en la explotación, y no la simple mayor edad, a falta de acuerdo de los coherederos. Destaquemos que el Proyecto no contempla la posibilidad de que éstos pacten mantener la *communio incidens*, que responde mejor al esquema de igualdad entre los mismos, y cuya falta de titularidad única se puede obviar por el reconocimiento de personalidad jurídica, esto es, la posibilidad de acordar la constitución de una sociedad civil; al objeto de estimularla, bastaría con quitar algo del formalismo que exige el art. 1.667 del Código civil.

CARLOS VATTIER FUENZALIDA

NOTAS CRITICAS

K. LARENZ, «Metodología de la Ciencia del Derecho», segunda edición castellana, traducida por Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1980, 536 pp.

1. Es sabido que la *Methodenlehre*, de LARENZ, con ser un libro clásico y «estandarizado», como dice Dieter NÖRR, que se ha traducido a varios idiomas y ha gozado hasta el presente de una gran autoridad, es un libro que se ha venido haciendo poco a poco a lo largo de elaboraciones sucesivas, alcanzando en la tercera edición, la del año 1974, un estado casi definitivo, que el propio autor, en el *Prólogo* a la cuarta edición de 1978, considera como «un cierto punto final» de sus reflexiones, precisamente las dos ediciones que sirven de base a esta nueva versión castellana. De aquí la forma de *Epilogo* que adopta el autor para referirse a la literatura alemana de los cinco últimos años (1974-1979), y de aquí, también, el acierto y la actualidad de la segunda edición española, que ha estado a cargo del profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Salamanca, Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO, quien, como buen conocedor de la materia, se ha esmerado en ofrecernos una versión exacta en la traducción y clara en la exposición, lo mismo en cuanto al fondo que a la forma. Se trata, pues, de un libro importante que nos causa sorpresa, la sorpresa de estar ante una obra a la vez conocida y nueva; un libro que, aun cuando es el mismo que conocemos, no sólo recoge el *status quaestionis* de la siempre compleja problemática metodológica, sino que nos da una versión crítica y actualizada de la misma y nos ofrece además el certero criterio del autor sobre tan discutida temática, cuya singularidad radica, a nuestro modo de ver, en una nota de sano realismo que le hace no olvidar los datos de la realidad legislativa y jurisprudencial, ni descuidar las cuestiones prácticas, que él conoce profundamente tal como se puede apreciar en sus otras obras dogmáticas y sistemáticas, relativas a la parte general y al Derecho de obligaciones.

2. En efecto, la estructura de la obra es bastante conocida; se divide en dos partes, una histórico-crítica (pp. 29-174) y otra sistemática (pp. 175-482), las cuales están dedicadas al examen crítico de la literatura preexistente y a la construcción y fundamento de la posición propia del autor. Así, la primera parte, que tiene el expresivo subtítulo de «Teoría del Derecho y Metodología en Alemania desde Savigny», se divide en cinco capítulos, igual que la edición española anterior, si bien su contenido no es exactamente el mismo, los que aparecen referidos ahora a «La Metodología de Savigny» (pp. 31-38), «La "Jurisprudencia de conceptos" del siglo XIX» (pp. 39-56), «La Teoría del Derecho y la Metodología bajo la influencia del concepto positivista de ciencia» (pp. 57-103), «La desviación del positivismo en la Filosofía del Derecho en la primera mitad del siglo XX» (pp. 104-140) y los «Empeños metodológicos actuales» (pp. 141-174), capítulo este último que hay que entender coronado por el «Epilogo a la cuarta edición» (pp. 483-514). Desde

este punto de vista formal, mayores son, con todo, las innovaciones que ofrece la segunda parte, la que comprende ahora seis capítulos: comienza con uno de índole introductoria concerniente a la «Caracterización general de la Jurisprudencia» (pp. 177-241), y los restantes tratan de «La doctrina de la norma jurídica» (pp. 242-271), «La formación y el enjuiciamiento jurídico del hecho» (pp. 272-307), «La interpretación de las leyes» (pp. 308-358), los «Métodos de desarrollo judicial del Derecho» (pp. 359-436) y, por último, «La formación del concepto y del sistema en la jurisprudencia» (pp. 437-482). Fácil es inferir de esta estructura la orientación básica y las preocupaciones metodológicas del autor, así como apreciar en la misma las variaciones sustanciales y formales que han enriquecido y hecho madurar plenamente su obra, además de las precisiones lingüísticas introducidas con acierto por el traductor, todo lo cual hace que este libro aparezca, en rigor, como una *nova species* literaria. La obra trae, en fin, una útil «Introducción» destinada a centrar y a acotar el problema metodológico en sus perfiles principales (pp. 25-28), un «Panorama bibliográfico general», actualizado al año 1979 y referido fundamentalmente a las obras aparecidas en lengua alemana (pp. 19-23), y unos «Índices» de autores y de materias muy completos, que facilitan, por cierto, el estudio y consulta de la misma (páginas 517-536).

3. Tan extenso contenido, con ramificaciones múltiples, sólo se puede resumir de forma breve si nos fijamos en los cuatro momentos que cabe advertir en la evolución de la ciencia del Derecho durante los siglos pasado y éste, los que se pueden caracterizar así: de la Jurisprudencia de conceptos al positivismo, de la Jurisprudencia de intereses a la Jurisprudencia de valoraciones, de la «tópica» a la «típica» y, por último, la hipótesis de una dogmática abierta y elástica. Veamos, de acuerdo con LARENZ, los rasgos esenciales de cada uno de ellos.

A) *De la Jurisprudencia de conceptos al positivismo.*

El punto de partida de la reflexión metodológica moderna hay que encontrarle en SAVIGNY y ello por tres razones fundamentales, a saber: de una parte, porque él acoge los planteamientos metodológicos anteriores y los examina críticamente; de otra parte, porque él sentó las bases de la ciencia jurídica moderna y, por último, porque de él arranca la época en la que todavía vivimos. Ahora bien, sabido es que entre el SAVIGNY joven de la *Methodenlehre* de 1802 y el SAVIGNY maduro del *System* de 1840 hay diferencias importantes por lo que se refiere a la concepción general del Derecho, pero nos interesa resaltar que en ambos momentos es constante el puesto central que ocupa en la ciencia jurídica el sistema de conceptos, entendido primero como el elemento «filosófico» consistente en la unidad inmanente por ella presupuesta y luego, como el conjunto de institutos jurídicos y el cuadro unitario de sus conexiones internas; de acuerdo con esto, la ciencia jurídica tiene por misión explicitar dicho sistema y el método que le es propio es el tendente a descubrir la unidad interna de tales institutos, bien por la contemplación de las relaciones de vida que cada uno implica, bien por las conexiones lógicas de los conceptos empleados

por las reglas concernientes a los mismos, sobre todo una vez puestas en vigor estas reglas. En pocas palabras, el método de la ciencia del Derecho es el método dogmático por cuanto se trata, en último análisis, de un sistema de conceptos montado sobre la base de los datos que ofrecen las reglas jurídicas vigentes, cualquiera que sea su origen consuetudinario o estatal. Así, pues, este planteamiento metodológico de SAVIGNY no supone una ruptura radical con el iusnaturalismo precedente; descuida el elemento «histórico» que la ciencia del Derecho implica con olvido de su lado fáctico, a pesar del programa romántico de 1814-1815, y, como dice LARENZ, prepara el camino a la llamada más tarde Jurisprudencia de conceptos (p. 35), cuyos exponentes más destacados son, como se sabe, PUCHTA, el primer IHERING y WINDSCHEID, por cuanto ellos conciben el sistema, no como una totalidad orgánica de sentido unitario en la variedad, sino más bien como una unidad abstracta de conceptos incardinados de forma lógica y piramidal en el mismo: a mayor nivel de abstracción menor extensión del contenido, y viceversa, conforme con la posición que corresponde a cada concepto en el sistema. He aquí, pues, la genealogía de los conceptos en la que consiste, para PUCHTA, el método propio de la ciencia del Derecho, con la consecuencia de que la dogmática no sólo es considerada como el único medio idóneo de conocimiento de las normas vigentes, dada su necesaria conexión orgánica, sino que ella misma es entendida como fuente de conocimiento de normas antes desconocidas y, por tanto, fuente de producción lógico-deductiva de nuevo Derecho. Es lo que PUCHTA entiende por *Juristenrecht*, muy próximo, también, al racionalismo del Derecho natural, el cual, junto con anticipar el formalismo jurídico, aleja a la ciencia del Derecho de la realidad. Y es, por otra parte, la idea matriz del método histórico-natural que expone IHERING en el primer volumen del *Geist*, en 1852, a pesar del lenguaje de las ciencias naturales y exactas, señaladamente de la química, que, sin rigor, emplea; en efecto, para IHERING la Jurisprudencia superior consiste en la tarea sistemática de la ciencia del Derecho la que ha de realizar tres operaciones fundamentales, a saber: descomposición, reconstrucción y combinación. Por la primera el jurista determina cuáles son los elementos lógicos o «cuerpos jurídicos» básicos que componen los institutos; por la segunda, conoce la estructura lógica de las normas jurídicas vigentes, y por la tercera, descubre nuevas normas ignoradas hasta entonces, operación por la que crece y se desarrolla no sólo la ciencia jurídica, sino incluso el Derecho mismo. La dogmática es, así, fuente de Derecho por cuanto las nuevas normas generadas por combinación de los «cuerpos jurídicos» tienen una existencia y una validez puramente lógicas, con entera independencia de la realidad legislativa y fáctica. Lo mismo hay que decir del positivismo legal racionalista de WINDSCHEID para el que el método propio de la ciencia del Derecho consiste en el análisis conceptual, en la abstracción, en la sistematización y en la «construcción» de los datos que ofrece el Derecho positivo, entendido éste tanto como un *factum* histórico cuanto como una entidad lógica. El sistema es para él, pues, la dogmática jurídica generada por el juego de los conceptos y cuya «concordancia interna» se basa exclusivamente en los elementos conceptuales comunes a las normas jurídicas vigentes y en los nexos de necesidad lógica que entre

ellas existen necesariamente, habida cuenta de la racionalidad del legislador; la ley positiva es, por consiguiente, al mismo tiempo realidad histórica y *ratio scripta*, y se sitúa en el centro de la experiencia jurídica.

Fácil es comprender la conexión estrecha que hay entre este planteamiento y el positivismo jurídico, lo mismo en su vertiente científica, representada por el pandectismo, que en su vertiente legal, representada por la dogmática que gravita en torno a la codificación; explica LARENZ que el positivismo se define ante todo como un negativismo en el sentido que rechaza, no tanto la existencia cuanto la científicidad, de valores ajenos a los hechos y a la legalidad observable empíricamente; por otra parte, como un naturalismo por virtud del cual el Derecho existente se contrae al mundo de los fenómenos perceptibles y regidos por reglas de causalidad, lo mismo como realidad psicológica que como realidad sociológica, o bien se relega al mundo de la lógica formal; la ciencia del Derecho es, de acuerdo con esta concepción positivista, la ciencia del Derecho positivo, la que tiene tres manifestaciones principales, a saber: la teoría psicológica de BIERLING, la teoría sociológica de EHRLICH y la teoría normativista de Kelsen (páginas 59-60), aparte, añadimos nosotros, de la tradición dogmática que trabaja con los datos del Derecho positivo. Muy brevemente, digamos que el concepto genérico de Derecho se desdobra, para BIERLING, en dos elementos esenciales, la norma y el reconocimiento de la misma; la norma concebida como «expresión de un querer que espera ser realizado por otros» y el reconocimiento, como el «respeto habitual, duradero, de ciertas normas», concepción del Derecho en la que subyace, ciertamente, una orientación psicologista de acuerdo con la que el autor se declara partidario, en tema de interpretación, de la indagación de la *voluntas legislatoris*. Con todo, es de señalar que BIERLING no es coherente del todo cuando estima que el método de la ciencia del Derecho consiste en deducir principios generales por abstracción de los preceptos particulares y en intentar inferir de tales principios nuevas normas jurídicas; se trata, pues, de la elaboración dogmática de la jurisprudencia de conceptos sólo que, para descubrir los mencionados principios, se precisa una «amplia consideración de los intereses subyacentes a las normas jurídicas particulares». Asimismo, EHRLICH, que impulsó al principio la orientación irracionalista que culmina con la *Freierechtstheorie*, e incluso acuñó esta denominación en 1903, piensa diez años después que la auténtica ciencia del Derecho es la sociología jurídica, y no la dogmática, por cuanto estima que el Derecho es, en esencia, el conjunto de reglas con arreglo a las cuales se rige efectivamente el comportamiento social, de modo que la ciencia jurídica debe estudiar los hechos sociales que le sirven de base; la dogmática, en cambio, la concibe como una tecnología práctica tendente a la aplicación judicial de las «normas de decisión» al caso concreto, cuya solución específica trasciende, a su juicio, la simple derivación lógica a partir de normas jurídicas fijas; de acuerdo con esto, el método científico apropiado al Derecho es el método inductivo enderezado a la observación de los hechos y a la verificación de experiencias a través de los que éste se expresa y aparece en vigor en la sociedad. Notemos que, con ser la sociología un dato importante del que la dogmática no puede prescindir, no es más que un complemento que, por

supuesto, no agota el cometido de la ciencia del Derecho ni, menos aún, la compleja realidad del mismo. Finalmente, y por contraste con esta orientación sociológica, Kelsen reduce de forma radical la ciencia del Derecho a una ciencia que atiende exclusivamente a las normas en cuanto portadoras de juicios de deber ser, considerando metajurídica toda consideración de índole fáctica y de índole ideológica; esta ciencia, concebida así, no se ocupa, como la dogmática, de los contenidos del Derecho positivo en orden a facilitar su aplicación, sino solamente de la estructura lógica de las normas jurídicas, con total independencia del proceso histórico mediante el que han llegado a ser tales, del sistema de las normas morales, del Derecho natural y de los mencionados contenidos preceptivos. Antes bien, las normas jurídicas, que se caracterizan por ser válidas y coactivas dada su adaptación a la legitimidad formal que deriva de la llamada *Grundnorm*, son susceptibles de un conocimiento científico, según el autor, únicamente en la medida en que se encamina al análisis lógico de su estructura; la ciencia del Derecho, entendida como una verdadera «geometría de todo fenómeno jurídico», tiene por objeto la definición de los conceptos jurídicos, tiende a describir los supuestos de hecho y las consecuencias enunciadas por el legislador bajo la amenaza de sanción mediante «preceptos, permisiones y autorizaciones» y su método propio, por más que Kelsen lo niegue, es reconducible, en último término, al examen lógico de las normas jurídicas y su interpretación es prevalentemente literal. Aparte de que todo esto supone un giro radical, no siempre justificado, de los conceptos básicos del Derecho privado, tales como los de persona, derecho subjetivo, deber jurídico o negocio jurídico, y el desvanecimiento de las fronteras entre Derecho interno y Derecho internacional, Derecho público y Derecho privado y legislación, administración, jurisdicción y autonomía privada, categorías que parecen ajustadas a la realidad, adolece de defectos de coherencia lógica y reduce la ciencia del Derecho a un monismo indiferenciado y a un formalismo estéril. Con todo, el normativismo kelseniano, que considera la ciencia del Derecho como «pura constatación cognoscitiva del sentido de las normas jurídicas», si no quiere caer en un vano literalismo ni reducir el método jurídico al análisis lingüístico, no puede prescindir de la dogmática, lo que explica, probablemente, los escasos resultados prácticos a que hasta ahora ha llegado. Y no se puede negar que esta dogmática, referida a cada Derecho positivo en particular, es seguramente el mejor fruto del positivismo, a pesar de que padece ciertamente de los mismos defectos de conceptualismo y de abstraccionismo que ha heredado de la Jurisprudencia de conceptos tradicionales.

B) *De la Jurisprudencia de intereses a la Jurisprudencia de valoraciones.*

Es debido a estas limitaciones del positivismo legal, precisamente, que KIRCHMANN se pronunció, en su célebre conferencia de 1847, en contra de la científicidad de la Jurisprudencia, a lo que hay que añadir la inadaptación de la pandectística a las nuevas condiciones sociales y económicas generadas en Alemania por la revolución del año siguiente, lo mismo que el IHERING tardío reaccionó «en broma y en serio» en contra de estas limi-

taciones del positivismo científico apenas veinte años después, orientándose hacia lo que LARENZ llama una Jurisprudencia pragmática (p. 67). Como se sabe, el autor denuncia en el cuarto volumen del *Geist*, publicado en 1864, por inmadura y acrítica la pretensión de inmutabilidad de los conceptos y de las normas jurídicas, así como por irreal la idea de que estas últimas adquieran vigencia por simple necesidad lógica, tal como lo había postulado, según vimos, en su programa anterior; por el contrario, entiende ahora que la ciencia del Derecho tiene por principal misión descubrir los «motivos psicológicos y prácticos, éticos e históricos» que generan a las normas y desvelar la «conveniencia práctica» que está tras la elaboración dogmática; sin mucho rigor, afirma, en su obra de 1877, que el motivo creador del Derecho es el fin, pero no una finalidad genérica e inmanente al mismo, sino los fines prácticos perseguidos de forma concreta por cada norma jurídica en particular, cuyo conjunto «tiene como fin el aseguramiento de las condiciones de vida de la sociedad». Con arreglo a este «darwinismo», como dice WIEACKER, estima IHERING, en último término, que el Derecho es la ley positiva impuesta por el legislador estatal, que el legislador crea unas normas jurídicas determinadas y no otras por desempeñar las vigentes la función histórica de ser útiles a la vida social y que toda norma tiene una motivación concreta que la impulsa y una finalidad práctica que satisfacer; el método idóneo a la ciencia del Derecho consiste, de acuerdo con esto, en el examen de las aludidas motivación y finalidad. He aquí insinuado con relativa nitidez el punto de partida de la Jurisprudencia de intereses que propusieron HECK y STOLL, principalmente, a comienzos de este siglo. Considera HECK equivocado el planteamiento metodológico tradicional que concibe, según él entiende, a la dogmática como un sistema cerrado de conceptos jurídicos destinado a que el juez lleve a cabo la subsunción lógica de la situación de hecho bajo tales conceptos, esto es, lo que denomina la Jurisprudencia de conceptos; antes bien, estima que la ciencia del Derecho es una ciencia práctica enderezada a facilitar la resolución correcta de cada caso concreto, cuya corrección depende de la «satisfacción de las necesidades de la vida, de las apetencias y tendencias apetitivas, tanto materiales como ideales, existentes en la comunidad jurídica» o, en una palabra, de los intereses. Puesto que el Derecho es, para el autor, un medio de «protección de intereses», los preceptos legales no sólo los delimitan, sino que son ellos mismos producto de tales intereses, y el método jurídico apropiado es el que se dirige a «conocer, con exactitud histórica, los intereses legales que han ocasionado la ley, y a tener en cuenta los intereses conocidos para la resolución del caso»; su objeto es, por tanto, la investigación de los factores causales que han motivado la ley, una teoría genética de los intereses que se resuelve, a nuestro modo de ver, en una especie de sociología de la *ocasio legis*. Por otra parte, al lado de los conceptos dogmáticos, existen los que HECK llama conceptos de intereses por estar orientados a la investigación de los mismos, contraste del que se deriva la contraposición de sistema externo y sistema interno; mientras el primero importa para la exposición clara y la subsunción segura y resulta de la primera clase de conceptos, el segundo, en cambio, tiene lugar por la conexión lógica objetiva de las soluciones ha-

lladas mediante la investigación de los intereses a través de la segunda clase de conceptos y ofrece un catálogo de soluciones concernientes a determinados conflictos de intereses. Esto es así, según el autor, porque el Derecho descansa en un sistema de normas concebido como un sistema de criterios generales dirigido, asimismo, a la resolución de conflictos de intereses, con lo que apunta la idea, que explicita STOLL más tarde, de que el legislador, al delimitar los intereses, lleva a cabo una selección y valoración de los mismos de manera tal que toda norma jurídica contiene, según dice este último, «mediatamente un juicio de valor sobre los antagonismos de intereses a ella subyacentes», y supone, por tanto, una valoración, al menos, de la realidad. Interesa destacar esto último por cuanto, aunque la Jurisprudencia de intereses está anclada todavía, como dice LARENZ, en el concepto positivista de la ciencia, representa por ello un paso importante en orden a la superación del positivismo jurídico, lo mismo científico que legal, paso que resulta de la hegemonía alcanzada en el campo de la Filosofía del Derecho de la primera mitad de este siglo por poderosas escuelas antipositivistas, a saber: la fusión de Derecho natural e historia propuesta por STAMMLER, el neokantismo y la teoría de los valores de la escuela sudoccidental de Alemania, el neohegelismo de BINDER y SCHÖNFELD y la teoría fenomenológica del Derecho. Bien advierte el propio LARENZ a este respecto que, a pesar de la gran diversidad y antagonismos que hay entre estas escuelas, lo cierto es que todas ellas ponen de relieve la insuficiencia del positivismo para dar cuenta de las ciencias del espíritu a las que pertenece el Derecho, el que participa en su existencia histórica de la naturaleza peculiar de los valores (pp. 73 y 140).

Con lo que entramos en el terreno difícil de las orientaciones metodológicas actuales. Tenemos, ante todo, la Jurisprudencia de valoraciones, en la que cabe distinguir dos etapas, una ligada a la jurisprudencia de intereses y otra totalmente independiente de la misma. En efecto, es sabido que WESTHERMANN inicia el giro de los intereses a los valores al observar que la resolución del conflicto de intereses e incluso el concepto de interés mismo, presupone la existencia de una pauta legal de valoración, la que vincula al juez de cara a interpretar y aplicar la ley al caso concreto, pauta legal de valoración con arreglo a la que éste debe resolver, en definitiva, el conflicto de intereses que cada caso implica; completamente independiente es, en cambio, la concepción de COING, según la cual toda norma jurídica, por el simple hecho de enlazar supuesto de hecho y consecuencia jurídica, es portadora en sí misma de un juicio de valor y, cualquiera que sea la motivación política, tal juicio de valor está enderezado a asegurar la paz dentro de una comunidad jurídica. Así, pues, la ciencia del Derecho debe ocuparse, además de la ley vigente, de los criterios extralegales de valoración, los cuales, para ZIPELIUS, están plasmados en los derechos fundamentales que contempla la Constitución; para ESSER consisten en los principios y *standards* prepositivos que actúan con eficacia en el sistema jurídico; para KAUFMANN, en fin, se materializan en la naturaleza de la cosa en cuanto *tertium genus* entre ser y deber ser. Como indica WIEACKER, en su conocido estudio sobre el par. 242, BGB, tales criterios admiten el orden de prelación siguiente: valoraciones expresas del

órgano constituyente; *standards* sobre los que existe consenso entre los juristas; principios configurados por el arbitrio judicial; naturaleza de la cosa; doctrina científica acreditada y, por último, el *usus fori*. Por lo que respecta al método, esta orientación exige que el jurista al interpretar y aplicar las normas legales y extralegales «elabore —según dice COING—, en cuanto sea posible, el significado de la norma con métodos racionales»; de aquí se deriva, como es evidente, un nexo de compatibilidad sustancial entre la Jurisprudencia de valoraciones y la dogmática, que el propio LARENZ se encarga de resaltar (pp. 166 y ss. y 203 y ss.).

C) De la «tópica» a la «típica».

En esta misma línea de independencia frente a la ley en vigor se sitúan las investigaciones de VIEHWEG, de KRIELE y las llevadas a cabo en tema de hermenéutica; a su lado hay que colocar a los autores atentos al problema de la seguridad jurídica y a los orientados a la justicia del caso concreto. Y, como reacción de la dogmática, a la importante tendencia que propende a la sustitución del concepto abstracto como componente principal del sistema por el «tipo» y otras formas de pensamiento que se distinguen por la nota de elasticidad. Por eso hemos caracterizado este momento, que corresponde a la última literatura alemana sobre la materia, por la evolución que se advierte en ella de la «tópica» a la «típica».

Así, recordemos muy brevemente que VIEHWEG ha puesto de relieve, como es bien sabido entre nosotros, la importancia de la «tópica» en cuanto modo de pensar propio de la ciencia del Derecho. Conforme con la retórica aristotélica y ciceroniana, entiende por «tópica» un procedimiento especial para la discusión de problemas que se caracteriza por el uso de puntos de vista, planteamientos y argumentos generales considerados comúnmente aceptables, esto es, *topoi* o lugares conocidos o comunes, cuya funcionalidad para resolver determinado caso concreto viene fijada, no por su encuadre en un sistema lógico-deductivo, sino por el problema en que esté inmerso o por el círculo de problemas con que se conecte «tópicamente», y no sólo racionalmente como hace, según el autor, el pensar axiomático; afirma, entre otras cosas, además, que existe una «tópica» de grado inferior en la que los *topoi* son seleccionados libremente en función del problema, mientras que hay otra de grado superior en la que están prefijados los catálogos tópicos que parecen ajustados a ciertos problemas. A esta última clase pertenecen los *topoi* jurídicos, los que son, para el autor, ilimitados y de naturaleza diversa, a saber: ideas generales prejurídicas; conceptos técnicos y principios ético-jurídicos. Con toda razón advierte LARENZ que no es claro del todo lo que VIEHWEG entiende por *topoi* propios del Derecho, con lo que esta posición corre el riesgo grave de simplificar la realidad jurídica al reconducir a tal categoría sus más dispares manifestaciones (pp. 154 y 155); con todo, notemos que, dando la «tópica» superior supone la existencia de una matriz preestablecida de problemas interconexos, no es totalmente ajena a la idea de sistema, y de aquí que no exista, en el fondo, una oposición insuperable entre el pensamiento pro-

blemático postulado por la «tópica» y el pensamiento sistemático que mantiene la dogmática, sobre todo si el sistema se piensa, según veremos en seguida, como un sistema elástico. Compatible con esta orientación es también el método jurídico-racional que propone KRIELE con la finalidad explícita de arrojar alguna luz sobre el oscuro juego de los *topoi*, método que pretende ser una técnica de justificación racional de las decisiones legislativas y judiciales y que consiste en la discusión y predicción de las consecuencias, de la relevancia y de la justificación de tales decisiones, factores que dependen, en último término, de los que el autor llama intereses fundamentales, los cuales, en rigor, o quedan en la penumbra o se identifican con los que sanciona la Constitución. En realidad, poco es lo que aclara esta postura y nada nuevo lo que añade KRIELE, en el fondo, en el *Epílogo* a la edición de su obra del año 1976, si bien está en línea con una serie de aportaciones recientes a la teoría de la argumentación jurídica que, como informa LARENZ en su propio *Epílogo*, PODLECH parece referir al empleo de modelos matemáticos; STRUCK, a los modelos de la argumentación vulgar; CLEMENS, a los juicios de valor, y ALEXV, por último, a un discurso racional que asegure la moralidad del que aplica el Derecho por medio de su vinculación a la ley, al precedente y a la «dogmática elaborada por la ciencia del Derecho institucionalmente cultivada». En fin, digamos que después de los trabajos de BETTI y de GADAMER, principalmente, sobre hermenéutica, que arrancan de las tesis de HEIDEGGER acerca de la interpretación, parece seguro que la ciencia del Derecho es, como dice LARENZ, una ciencia «comprensiva», esto es, una ciencia que no agota su cometido con la mera explicación del sentido, sino que trasciende a la comprensión de los textos a través de los cuales el Derecho se expresa en la realidad, a saber: leyes, costumbres, resoluciones judiciales y administrativas, actos jurídicos y proposiciones de la doctrina. Su método propio es la hermenéutica que le permite dar el paso circular entre el preconcepto y el concepto, entre la precomprensión y la comprensión, a través de un proceso cuya especificidad radica en no ser únicamente lógico, sino en implicar, en última instancia, la existencia de una opción, una decisión del intérprete, en orden a seleccionar una entre diversas interpretaciones y en función de ciertos elementos o datos «hermenéuticamente relevantes» según las circunstancias; de acuerdo con esto, la ciencia del Derecho es a la vez normativa y jurisprudencial, cuya cientificidad está asegurada por la problematización necesaria que supone la aplicación, por sí misma, del texto de que se trate (pp. 192 y ss.). Esta posición se sitúa en la misma línea que examinamos, pues, como explica el propio LARENZ, la interpretación jurídica, concebida así, trasciende la subsunción lógica de las normas predicada por la vieja Jurisprudencia de conceptos, de modo que el resultado va siempre algo más allá de lo que estaba decidido de antemano en el texto interpretado, y cuyo sentido se explicita por aproximaciones sucesivas al concretizarse en la aplicación de manera tal que, cada vez que es aplicado, se produce una ampliación de su contenido (p. 167). Una orientación similar revela, a nuestro modo de ver, la obra monumental de FIKENTSCHER, quien ha llevado a cabo una grandiosa historia universal de la metodología comparada y llega a la conclusión de que lo decisivo es,

lo mismo en el sistema continental que en el angloamericano, lo que llama la «norma del caso», esto es, la regla aplicable de forma directa y sin más operaciones hermenéuticas a la resolución de un caso dado, la que el juzgador halla bien en los preceptos legales vigentes, bien en la *ratio decidendi* de casos anteriores, y en la que subsume el supuesto actual por simple derivación lógica. La regla subsumible es, para el autor, el Derecho verdadero, de modo que la ley o los precedentes no son otra cosa que pautas dirigidas al juez para asegurar la uniformidad en la resolución de los casos. A pesar de lo original que resulta este planteamiento en el cuadro del Derecho codificado, bien advierte LARENZ que, desde el punto de vista de la metodología de la ciencia del Derecho, mantiene la idea clásica según la cual el proceso de aplicación de la norma al caso, cualquier que sea su procedencia, legal o jurisprudencial, es reconducible, en último extremo, a la subsunción lógica (p. 487). Esto implica, de algún modo, una especie de retorno a la dogmática tradicional, al que propende, desde una óptica de índole sociológica, el nuevo *Juristenrecht* que propicia JERUSALEM en orden a evitar la descomposición de la ciencia jurídica en un mero casuismo que, desligado tanto de la ley como del precedente, corre el riesgo de desarticular el sistema y de disolver los conceptos; tradición y dogmática son, para el autor, sinónimos, y el método propio de la ciencia del Derecho, aunque no lo dice de forma expresa, la vieja Jurisprudencia de conceptos. Y es que los métodos de obtención del Derecho independientes de la ley producen, a su juicio, inseguridad jurídica. En contra de tales métodos ha reaccionado HAVERKATE en un libro reciente que titula, significativamente, *Pérdidas de seguridad en el pensamiento jurídico*, y en el que postula, como exigencia imprescindible del Estado de Derecho, la vinculación de la ley ordinaria a la Constitución, y del juez a la ley, vinculación escalonada que, sin embargo, no consiste en puras operaciones lógicas ni se rige exclusivamente por las reglas de la lógica formal, sino que, como expresa BADURA, «significa poner en vigor la función de la ley jurídico-constitucionalmente prevista con los medios de la argumentación y fundamentación jurídicas al tratar de hallar una resolución justa»; el método jurídico no es, pues, para el autor, el método deductivo, sino el encaminado a la indagación de las «valoraciones cognoscibles del legislador en la resolución concreta», con lo que la postura de HAVERKATE se aproxima a la Jurisprudencia de valoración, como lo pone de relieve el propio LARENZ (p. 499). El tema se ha discutido, sobre todo, en torno a la interpretación del texto constitucional, acerca de la que se ha publicado en 1976 un importante *reader* a cargo de DREIER y SCHWEGMANN. Así, en contra de un sistema extralegal de valoraciones y de la hermenéutica comprensiva, se inclina FORSTHOFF, quien, aun a costa de parecer positivista, afirma que la Constitución, si se quiere tomar en serio, se debe interpretar con arreglo a los cánones interpretativos expuestos por SAVIGNY, puesto que la lógica formal que es inherente a tales reglas desempeña, a su juicio, la doble función de asegurar la vinculación del juez a la ley y de evitar la disolución del texto constitucional en pura casuística. Asimismo, MÜLLER se opone a la aplicación del modo de pensar «tópico» a la Constitución por cuanto frente a ella, por su propia naturaleza de ley fundamental y «habida cuenta

de sus crecientes exigencias de vinculabilidad —dice—, hay que aferrarse al primado de la norma concretizable», «norma de decisión» semejante a la «norma del caso», que los juristas prácticos buscan con arreglo a una metódica jurídica efectivamente aplicada; para el autor, esta metódica jurídica asegura en gran medida que se verifique el principio constitucional de igualdad al par que no se contrae al juego lógico, sino que tiene y debè tener en cuenta las estructuras objetivas del «sector normativo» a que la «norma de decisión», por su *sedes materiae*, pertenece. Hay aquí, pues, una línea que aboga por una revalorización matizada de la idea de sistema.

Importante matización en este sentido es la orientación que, por relación con el cálculo de «tipos» a que se refiere LOMBARDI a propósito de los juristas romanos, hemos llamado «típica», o mejor tipológica, la cual, iniciada hace cerca de veinte años por H. J. WOLFF y ENGISCH, constituye una de las posturas personales que mantiene, y defiende con gran rigor, el propio LARENZ. Muy esquemáticamente, afirma el autor que la ciencia del Derecho tiene por cometido principal, junto a la construcción del sistema externo formado por conceptos abstractos, al revelar y descubrir el sistema interno que concibe como la «unidad valorativa interna del orden jurídico» y que, en línea con la tesis hegeliana acerca de los conceptos concretos, se compone, a su juicio, de formas de pensamiento que giran en torno a la idea de «tipo», a saber: «tipos» y series de «tipos», ideas directivas o principios precisados de concretización y conceptos determinados por la función, todos los cuales se caracterizan por la nota de movilidad. Los «tipos» que admiten varias clasificaciones, consisten en la acumulación de características afines o distintivas que definen, sin fijeza, una determinada situación, lo mismo empírica que normativa; en el campo del Derecho positivo, los «tipos» más usados son los «tipos» medios o de frecuencia, tales como, por ejemplo, los *standars* de diligencia media o de las buenas costumbres; los «tipos-figura» en los que concurren elementos fácticos y normativos, como puede ser la categoría de poseedor de bienes muebles, y los «tipos-figura normativos» o «tipos jurídicos estructurales», cuyo mejor exponente son los contratos nominados. Así como la variación de los elementos caracterizadores de estos últimos dibujan una figura diferente, así también cabe la formación de «tipos» mixtos o de transición en el campo de la ciencia del Derecho, los que configuran las que el autor denomina «series de tipos»; su importancia metodológica radica en que ponen de relieve las conexiones internas que subyacen a determinados sectores de la regulación en vigor. Al lado de los «tipos» integran el sistema interno, según LARENZ, las ideas jurídicas materiales o principios directivos cuya estructura y función entiende, de acuerdo fundamentalmente con ESSER, en términos muy similares a los que ha difundido DE LOS MOZOS entre nosotros. En fin, resalta el autor el papel destacado que corresponde en la formación de dicho sistema a los conceptos determinados por la función, categoría que representa perfectamente la noción de negocio jurídico imperante, según la cual éste se define por la función de ser una manifestación de la autonomía privada enderezada a la autorregulación de los intereses (pp. 439 y ss.). Como decíamos, se advierte aquí fácilmente una reacción vigorosa de la vieja escuela sistemática, lo mismo frente a la crítica

de abstraccionismo lógico que al olvido del casuismo de la realidad, por cuanto el sistema interno que resulta de las aludidas formas de pensamiento tipológico es a un tiempo un sistema valorativo, concreto y adaptable, que el autor caracteriza, *grosso modo*, por ser abierto y fragmentario.

D) *La hipótesis de una dogmática elástica.*

Así, pues, el momento metodológico actual se puede caracterizar por el diálogo entre sistema y problema, el cual es fruto del contacto mutuamente enriquecedor que la literatura alemana ha mantenido en los últimos años con el *common law system*, y del que se deriva la orientación hacia una nueva dogmática que, por contraste con la Jurisprudencia de conceptos, cabe calificar de elástica. Se trata, ante todo, de un sistema que, como ha demostrado ENGISCH, no es axiomático ni puramente deductivo, sino de un sistema de principios jurídicos directivos que se sirve de determinados conceptos y de criterios de clasificación sin pretender una validez general o total y que está condicionado por el cuadro unitario de las relaciones normativas y teleológicas que subyace al Derecho positivo mismo; de modo que la tarea de la ciencia del Derecho consiste, de acuerdo con esto, en explicitar el sistema unitario que está implícito en él. Asimismo, ESSER, inclinado hacia el pensamiento problemático, no tanto por la «tópica» cuanto por influjo del *case-law*, se muestra partidario de un sistema abierto, por referencia a un Derecho casuístico, y en el que culmina el ciclo productivo de la ciencia del Derecho cuyos pasos principales son: el descubrimiento de problemas, la formación de principios y la consolidación del sistema; pero tal sistema se compone, para el autor, de principios y de conceptos, entendidos en un sentido particular, a saber: principios que aparecen como criterios generales en orden a la resolución de casos problemáticos, que son de naturaleza provisional y no pretenden resolver todos los casos por simple derivación lógica y conceptos que, sin ser abstractos ni rígidos, requieren ser completados en sede de aplicación judicial y sirven de criterios de valoración para la resolución de casos concretos. En esta misma dirección, COING postula una integración de valoración y problema en el sistema, que concibe también como un sistema provisional e inacabado en el que se plasma una síntesis del conocimiento alcanzado y del que predica fundamentalmente dos funciones: la organización de los principios jurídicos y de las estructuras objetivas conocidas y la de ser origen de «nuevos conocimientos sobre conexiones existentes que sólo el sistema pone en claro y, de este modo, es base de ulterior desarrollo del Derecho». Por su parte, CANARIS, que ha profundizado en la noción genérica de sistema, estima que el sistema apropiado al Derecho, que parte de la idea básica y común de unidad y de orden, se desdobra en un sistema externo, formado por conceptos de índole lógica, y en un sistema interno, compuesto por principios valorativos de naturaleza, por lo tanto, axiológica y teleológica. Para el autor, este último es un sistema abierto que se desarrolla a través de concretizaciones sucesivas y da lugar a nuevos principios de valoración; un sistema, pues, que es a la vez histórico y dinámico. Un planteamiento similar expone el propio LARENZ, quien

entiende que, mientras el sistema externo está formado por conceptos abstractos, el sistema interno, en cambio, se integra por las distintas formas del pensamiento tipológico, pues cada una de ellas origina, como sabemos, categorías móviles; pone de relieve el autor que el primero se rige por las reglas lógicas de la abstracción y de la subordinación piramidal de los conceptos y se dirige a la subsunción y a la clasificación de la fenomenología jurídica, pero necesariamente tiende a vaciarse de contenido, mientras que el segundo, por ser de carácter abierto y fragmentario, participa de la historicidad que es propia del Derecho (pp. 437 y ss. y 478-482). Vemos, pues, que hay aquí un retorno a la dogmática, pero a una dogmática renovada, de tipo abierto y elástico. En efecto, de todas las ciencias que se ocupan del Derecho, es la Jurisprudencia la que trabaja con métodos propiamente jurídicos, a la que corresponden una posición privilegiada, porque no sólo trata los problemas generales del Derecho, sino que su misión primordial la orienta hacia el campo de la *praxis*; es una ciencia de naturaleza comprensiva o interpretativa al par que valorativa, ya que está enderezada a revelar el sentido de las normas y es reconducible, en último extremo, a la dogmática jurídica, por cuanto ésta cumple o debe cumplir la función, precisa y exacta, de ser la instancia de mediación lo mismo entre la ciencia y la realidad que entre las normas en vigor y la práctica del Derecho; entendida así, la dogmática es, pues, la síntesis de sistema externo y de sistema interno, y de aquí se derivan, respectivamente su perdurabilidad y su elasticidad.

4. De cuanto hemos expuesto, que da una idea tan sólo aproximada del contenido rico y múltiple del libro de LARENZ, queda en claro que se trata de una obra importante. Importante no sólo para la teoría general del Derecho, sino para las distintas disciplinas que se ocupan del mismo y, en particular, para el Derecho civil; no en vano tanto el autor como el catedrático de Derecho civil Mariano ALONSO PÉREZ, que ha asesorado al traductor en la traslación de los conceptos técnicos, son unos consumados especialistas. E importante, en fin, no sólo para el círculo de estudiosos preocupados de los problemas metodológicos, sino sobre todo para los juristas prácticos a quienes se debe dirigir, en último término, toda reflexión de esta naturaleza.

CARLOS VATTIER FUENZALIDA,
Profesor Adjunto de Derecho civil

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

JOSE BONET CORREA: «Las deudas de dinero», Madrid, 1981, Editorial Civitas, 493 págs.

No es la primera vez que BONET CORREA aborda el estudio de temas jurídicos relativos al dinero. Su brillante pluma ha escrito sobre ellos muchísimas páginas en diversos trabajos que por su profundidad en el tratamiento de la materia, son de obligada cita para cuantos se han interesado en el estudio de esta figura tan conflictiva y de tanta actualidad.

Ahora nos ofrece una extensa monografía en la que recoge desde el pensamiento de un jurista no sólo problemas deslindados en el campo del Derecho, sino aspectos económicos cuya comprensión facilita a quienes no están iniciados en su examen. Y morales. E históricos. Todos sobre el dinero. Y todos concatenados, y dirigidos a las soluciones que después brindará en los problemas estrictamente jurídicos del dinero.

En el capítulo I, bajo la rúbrica «*El fundamento normativo del dinero*», estudia esos *aspectos económicos básicos* del dinero en sus funciones de unidad de medida del valor de las cosas, instrumento de cambio y de acumulación de valor. La deuda de dinero presenta, según él, una doble composición: el ser deuda de una cantidad y ser deuda de valor.

Las alteraciones monetarias producen una quiebra en la equivalencia de las prestaciones, tanto en la equivalencia objetiva como en la subjetiva; es decir, un desequilibrio en las relaciones jurídicas al conculcarse el principio nominalista del dinero. Más aún, la alteración llega incluso a producir la ruptura de esta categoría normativa que es el dinero, al ponerse en evidencia la crisis de confianza o de fiducia que implica este bien cultural. Y con todo ello, por la secuela de la inflación, y por las razones que explica BONET, se acaba afectando hasta el orden moral y político desapareciendo la libertad económica y social.

Los problemas de la inflación son realmente graves, de una importancia que trasciende de lo económico para alcanzar al bien más preciado del hombre: su libertad.

Especial interés tiene el examen de los tres valores del dinero: el nominal, el intrínseco y el comercial que analiza con claridad meridiana, así como de los intentos de los economistas por lograr una estabilización no sólo del valor del dinero, sino del nivel de precios.

Pero no sólo el aspecto económico preocupa al autor. Un epígrafe sugestivo dedica al estudio de la conducta ética y moral del dinero, en donde se hace referencia al problema desde la vertiente de quien lo posee, y además desde el prisma de los deberes éticos de los gobernantes en relación con la

estabilidad del dinero, con las manipulaciones monetarias y con esa tremenda plaga de la inflación.

El capítulo II lo consagra al estudio de «*Las concepciones del dinero en la Historia*», en donde nos ofrece una perspectiva histórica de suma importancia para completar la visión de las diversas concepciones del dinero: la metalista, la nominalista y la concepción valorista, hasta llegar al sistema monetario español vigente.

Los siguientes capítulos se dedican ya plenamente a los aspectos jurídicos del dinero. Si los capítulos I y II tienen un gran interés sobre todo para el jurista precisamente por estudiar en ellos problemas económicos históricos y éticos que difícilmente hallará tratados con superior claridad a la que nos ofrece BONET CORREA, los restantes capítulos tienen además el atractivo que para el profesional del derecho supone la búsqueda de la solución para los casos prácticos que se le presentan en su diaria labor.

El capítulo III tiene por rúbrica «*El concepto y la naturaleza jurídica del dinero*».

Destaca BONET las tres categorías de dinero que recoge el art. 1.170, 1, Código civil: la amplia y general, la concreta referida a la «especie pactada», y la más particularizada de «moneda», y precisamente de la moneda «que tenga curso legal en España».

El dinero es, para el autoi, un bien de características peculiares. La doctrina lo considera como un bien mueble. Pero BONET destaca los matices especiales del dinero: el derecho de propiedad del dinero es prácticamente un derecho de goce y de disposición constreñido según las disposiciones de orden público. Su reivindicabilidad frente a un tenedor o poseedor tampoco lo es sobre monedas ciertas, sino de una suma o cantidad de ellas, y además tan sólo podrá ser ejecutada en caso de pérdida o privación ilegal (464) y es preceptivamente irrevindicable en ciertos casos (art. 86, Cód. Com.). Tiene además matices en la hipótesis de tesoro oculto (351 y 352), en la copropiedad o derecho común sobre dinero, en la posesión (en cuanto a intereses, art. 451, 3) usufructo (475 y 494).

Igualmente en materia de obligaciones: su pago siempre es posible (1.170, 1), no cabe alegar imposibilidad objetiva sobrevenida; la indemnización por mora alcanza a los intereses convenidos o al interés legal (1.108, 1.682, 1.724,3, 1.728,3, 1.838,2), son irrepetibles si el acreedor se gasta de buena fe lo recibido (1.166), son compensables por ser líquidas, exigibles y vencidas (1.196, 2), su restitución en cuanto precio como consecuencia de ineficacia trae consigo abono de intereses (1.124, 1.295 y 1.303).

Su *naturaleza* depara ocasión para realizar igualmente unas matizaciones respecto al común sentir de la doctrina.

Así se dice que es un bien genérico. Sin embargo, aclara BONET que el dinero es un género diverso en cuanto que su nota determinante no viene determinada por su calidad, sino por su cantidad. Sigue siendo genérico, aunque se especifiquen monedas siempre que funcionen como dinero. Su *naturaleza* es homogénea.

Más que fungible es «ultrafungible» dada la especial característica de su «liquidez» jurídica, liquidez que viene a ser una homogeneidad abstracta del dinero en cuanto unidad contable.

No es consumible en sentido físico. Su uso y consumo implica no su destrucción material, sino un acto de enajenación o traslación. BONET halla un concepto más apropiado: el «gasto» del dinero, que tiene finalidad muy distinta a la mera consumibilidad, ya que tan sólo implica un cambio de titularidad.

En cuanto a la divisibilidad del dinero, no es física. Se basa en su partición abstracta o ideal, en unidades de medida cuantitativas equivalentes al todo.

La especial naturaleza del dinero se refleja según el autor:

En su aptitud para operar como equivalente de las demás cosas y bienes en múltiples relaciones de derecho, no sólo en tema de obligaciones (1.170, 1.147), sino en materia de sucesiones, como ocurre en colación y en diversos supuestos de pago de la legítima en dinero.

En su idoneidad para la compensabilidad de las deudas. Cuando son de dinero basta su liquidez y exigibilidad.

En su incapacidad para producir frutos naturales. Y en cuanto a frutos civiles, por sí sólo no produce intereses. Sólo los producirá cuando es objeto de una transacción y son acordados (1.110, 1.755).

En definitiva, entiende BONET que el dinero es una categoría normativamente concebida, de aceptación universal, capaz de contener en sí un poder patrimonial abstracto y un poder patrimonial concreto a través de la moneda que, en cuanto bien jurídico, es el bien por excelencia de las demás relaciones patrimoniales.

Su «sedes materiae» se halla en la «Parte General» e «Introducción General» al Derecho civil.

El capítulo IV lo dedica al estudio de *las deudas de dinero*.

«Existe deuda de dinero —dice BONET CORREA— siempre que una persona, llamada deudor, resulta obligada a pagar una suma o cantidad de moneda a otra persona, llamada acreedor, que puede exigirla.»

Estas deudas se diferencian de las demás obligaciones por el objeto peculiar que integra su prestación: el dinero.

Se caracterizan por ser deudas de un valor legal (nominal) que se concreta como una «deuda de suma» o «cantidad» de una unidad monetaria mediante cuya entrega se satisface al acreedor. Esta característica se mantiene, aunque se pacte el pago con unidades monetarias específicas, pues ante la imposibilidad de hallarlas siempre existe la moneda de curso legal en que se ha de realizar el pago (1.170).

El objeto peculiar de estas deudas les imprime otras características que estudia BONET en este capítulo.

En cuanto a sus *efectos*: la sola determinación de la cantidad produce el solo efecto de tenerse que entregar aquella misma cantidad el día de su cumplimiento.

Pero al ser el dinero «unidad de cuenta» y también «unidad de valor» distingue BONET según que las partes hayan considerado ambos aspectos en uno solo como ocurre al concretar inicial y exclusivamente la cantidad debida a entregar el día de su cumplimiento, o que hayan pactado además de la suma o cantidad de unidades monetarias la clase o especie concreta

de las unidades monetarias que se han de entregar por el deudor a su acreedor. El tema lo resuelve el 1.170, 1.

Otros efectos: posibilidad de su pago parcial (1.169, 2, 1.213). Efectos ejecutivos inmediatos y de mayor efectividad en cuanto a su cobro, consecuencia de la liquidez de la deuda de dinero (1.435, LEC). Especial tratamiento en la mora (1.108 C. c. y 316 C. Com.). Especial modalidad extintiva por compensación legal (1.195 y 1.196). El pago en moneda es irreivindicable en ciertos casos (86 C. Com. y 1.160 C. c.).

La moneda se diferencia de los títulos valores o documentos mercantiles en que aquélla es emitida o acuñada por una autoridad estatal o delegada, y tiene naturaleza líquida o de liquidez, mientras que éstos carecen de ella por lo que habrán de ser «realizados», es decir, convertidos a dinero (1.170, 2) o «ejecutados» (544 y 545 C. Com.) para que produzcan los efectos del pago.

Las modalidades de las deudas de dinero se dan por diversas circunstancias que estudia BONET:

Por su materia: metálica, de papel o escriturarias.

Por su ámbito territorial: nacional y extranjera.

Por la autoridad que la emite: puede serlo por el poder de los Gobernantes y excepcionalmente por fuerzas sociales privadas.

Por el margen de autonomía, naturaleza y función jurídico-económica de la relación o clase de negocio que se lleva a cabo: deuda dineraria simple o generalizada, deuda dineraria concreta o especificada y deuda dineraria final o de valor.

A esta última clasificación dedica BONET CORREA abundantes páginas:

Deuda dineraria simple o generalizada es aquella en la que su prestación se fija en una determinada cuantía de moneda de curso legal del lugar de pago.

Se mantiene para ellas la identidad cuantitativa y cualitativa del dinero o de la unidad monetaria, consecuencia del principio nominalista. Aunque esta deuda dineraria simple también es deuda de un valor, se trata de una deuda de valor calculado querido única y exclusivamente en dinero o moneda de curso legal con el valor que nominalmente le adscribe el Estado a su moneda. De ahí los complejos problemas que provocan las graves alteraciones monetarias.

La deuda dineraria concreta o especificada tiene por objeto la suma o cantidad de una moneda concreta y determinada elegida por las partes por sus cualidades específicas, pero que es de curso legal.

Deberá entregar el deudor la moneda pactada. Y no siendo posible lo hará en moneda de curso legal (cfr. 1.170). Pero sólo cuando no sea posible el pago en la moneda pactada, puesto que en defecto de acuerdo que lo prevea, no hay opción del deudor en la elección.

Si se pacta el pago en moneda extranjera en una relación jurídica de ámbito nacional, en una primera etapa (primer tercio del presente siglo) se admitió su posibilidad; mientras que en una segunda etapa (a fines de 1928) se exige una previa autorización, sin la cual la doctrina considera nula e ilícita la obligación. BONET, sin embargo, distingue, según la buena o mala fe, simulación o fraude a la Ley y realizando las oportunas matizaciones.

Otra cosa es la utilización de la moneda extranjera como índice de valor de una cláusula de estabilización en que no precisa para ello autorización administrativa.

Para los casos de mora del deudor el T. S. establece la conversión o bien al cambio del día del emplazamiento del demandado o al del día de ejecución de la sentencia, o al día del pago, según los casos, contrarrestando así la mala fe del deudor que quiera aprovecharse de las oscilaciones de los cambios.

La deuda dineraria final o deuda de valor es aquella en que el objeto de su prestación inicial es un poder adquisitivo o valor patrimonial determinable que en el momento de su cumplimiento se concreta y materializa en una determinada suma o cantidad de moneda de curso legal.

En estas deudas el dinero no entra «*in prestatione*», sino «*in solutione*». No es aplicable aquí el principio del valor nominal, ya que el deudor debe procurar al acreedor siempre el mismo valor prometido y, por tanto, debe pagar una suma mayor o menor que aquélla en que la deuda ha sido expresada en el acto de escrituración, según que la moneda en que se pague haya sido desvalorizada o revalorizada.

Las figuras de deudas de valor se mencionan por algunos autores de modo general. Otros abordan su examen concreto a propósito de la «deuda de alimentos», la «indemnización de daños y perjuicios», las «deudas restitutorias de la cosa perdida», el «reembolso de gastos», las «mejoras», la «colación», la «revocación de donaciones», la «liquidación de la sociedad de gananciales», la «partición hereditaria», los «seguros», «la indemnización por expropiación forzosa», así como el «enriquecimiento injusto».

BONET CORREA distingue dos modalidades de deudas de valor: a) Las propias deudas de valor o deudas dinerarias finales. b) Las deudas de valor impropias o pactadas, o sea, las deudas dinerarias simples transformadas o estabilizadas.

Mientras que en las primeras el contenido del objeto de su prestación es un valor económico o patrimonial concreto, en las segundas el contenido del objeto de su prestación es proporcionar una suma de dinero, si bien variable al momento de su pago en función de un valor concreto.

La jurisprudencia del T. S. y después la propia legislación, ante las alteraciones monetarias persistentes ha concluido por aceptar que las partes, pactadamente y dentro de ciertos límites, puedan convertir sus deudas dinerarias simples o generalizadas en deudas dinerarias finales o de valor.

En el capítulo V estudia «*El pago de las deudas de dinero en el Código civil*».—El autor dedica especial atención al art. 1.170, 1.

Con argumentos históricos, lógicos y aún literales concluye que el referido precepto no se reduce a la llamada «deuda de especie monetaria» ni mucho menos a las diferentes piezas metálicas del ordenamiento monetario español, sin consideración a las extranjeras. Lejos de ello demuestra claramente que dicha norma contempla las tres especies en que, según BONET se pueden clasificar todas las deudas dinerarias: la simple o generalizada, la concreta o especificada y la deuda dineraria final.

Más aún, al hablar de la especie pactada se refiere también a las especies monetarias extranjeras, lo que planteará el problema de la conver-

tibilidad de las monedas sustituyendo unas por otras y que deberá llevarse a cabo mediante una operación de cálculo aritmético entre sus valores nominativos o comerciales, con referencia al cambio del día o momento del pago, según criterio dominante en las decisiones del T. S. que sigue en esto el mismo criterio del art. 2.º de la Orden de 23 de marzo de 1869.

Por último, la expresión «moneda de plata u oro» que se hace en el artículo 1.170 no es más que una alusión temporalizada al sistema monetario vigente al publicarse el Código civil, que no modifica su recta interpretación en cuanto «moneda de curso legal en España».

En cuanto a la entrega de cheques, pagares o talones bancarios, tales documentos no son dinero ni moneda de curso legal. Son instrumentos indirectos de cumplimiento que no producen los efectos del pago hasta que no sean convertidos o realizados. De ahí la norma del art. 1.170, 1 y 2.

En *caso de mora*, en el pago de la deuda dineraria, el 1.108 prevé que, salvo pacto en contrario, la indemnización de daños y perjuicios consistirá en el pago de los intereses convenidos y a falta de convenio el interés legal.

Entiende BONET que este precepto se refiere a las deudas dinerarias simples o generalizadas. Y si se trata de deudas dinerarias determinadas o especificadas que según antes explicó en caso de imposibilidad objetiva deben convertirse en el momento del cumplimiento, en caso de mora la conversión se hará a la de curso legal en el día del fallo.

Por último, en las deudas dinerarias finales la mora del deudor es practicable cuando por su conversión final a una suma de dinero se hace líquida, por lo que su cuantía monetaria también resulta actualizada en el momento final de pago al quedar firme la sentencia, por lo cual los intereses comenzarán a partir de este momento.

Es decir, que sólo en las deudas dinerarias simples los intereses son la medida cierta de la indemnización del daño o perjuicio que ocasione la mora del deudor. Mientras que en la deuda dineraria concreta o especificada y en la deuda dineraria final la indemnización del daño o perjuicio por mora se ve compensada por la actualización indirecta del valor debido.

Por otro lado advierte BONET que mientras nuestra Sala Civil del T. S. se aferra a una interpretación estricta del 1.108, la Sala 4.ª de lo Contencioso Administrativo admite la prueba del «mayor daño» ocasionado por la mora del deudor en los contratos administrativos de los privados con los organismos públicos.

En el capítulo VI estudia el autor «*Las deudas de dinero ante las alteraciones monetarias*».

La quiebra de la equivalencia de las prestaciones que producen dichas alteraciones en muchas relaciones jurídicas de tracto sucesivo en cuanto deudas simples o generalizadas o de mera cantidad, reclaman unos remedios que restablezcan el equilibrio de dichas prestaciones.

Estos remedios pueden venir por tres vías distintas: la intervención legislativa, la judicial, y la de los mismos particulares pactando cláusulas de estabilización.

El autor las examina con todo detenimiento en este capítulo, que es uno de los más interesantes del libro.

La *intervención legislativa* se produjo en España ya durante la guerra

del 1936 a 1939 con la llamada legislación de bloqueo y de suspensión. Terminada la guerra, con la legislación de desbloqueo y revisión.

Más adelante para el *ámbito agrario* se previó para el pago de la renta de los arrendamientos rústicos un índice de «valor trigo» (art. 3.º LAR de 23-7-1942). Para el *sector de crédito* el art. 219 del Reglamento Hipotecario reformado por D. de 17 marzo 1959 admite para los préstamos hipotecarios las cláusulas de estabilización de valor, aunque dentro de un marco estrecho y matizado e interpretado además con criterio restrictivo por la DGRN que, en Res. de 12 septiembre 1972, rechaza tales cláusulas para los préstamos hipotecarios ahorro-vivienda establecidos por O. de 17 de octubre de 1966, criterio éste restrictivo que critica BONET y que ya antes lo había hecho en la Rev. de Derecho Notarial (julio-diciembre 1977, pp. 7 y ss.).

En el *ámbito urbano*, la LAU de 1964 admite se pacte libremente la renta (art. 97), su aumento o disminución (art. 98) o se siga un «sistema de actualización de la misma» (art. 100).

Y en fin, en otras normas que cita el autor con detalle, sin olvidar las actualizaciones del salario mínimo, y aun el mismo Derecho foral navarro en cuyo Fuero Nuevo (Ley 461, 3.º) se prevén para la opción de compra las cláusulas de estabilización.

La revisión judicial de las deudas de dinero merece particular atención por parte del autor que subraya las dos posiciones fundamentales adoptadas por el T. S.

Cuando se trata de alteraciones monetarias débiles, o no graves, los riesgos van a ser asumidos por alguna de las dos partes.

Cuando las alteraciones monetarias son drásticas y graves, ya sean en virtud de una desvalorización o de una depreciación extraordinarias, nuestros jueces y tribunales excepcionarán el principio nominalista del dinero para dar paso a un criterio valorista. El T. S. argumentará en base a normas excepcionales dictadas para la revisión de pagos, o a la falta de buena fe, en cuanto a una de las partes, o en razones de seguridad y protección del justo interés contractual.

En cambio, salvo casos y situaciones muy excepcionales, rechaza la aplicación de la doctrina de la cláusula «*rebus sic stantibus*».

La actualización de las deudas de dinero en base a *pactos o cláusulas de estabilización*, es otro de los remedios a las perniciosas consecuencias de las alteraciones monetarias.

BONET CORREA distingue entre las cláusulas monetarias y las cláusulas económicas. Entre las primeras incluye las «cláusulas de valor moneda-oro» y las «cláusulas de valor moneda extranjera». Entre las segundas las «cláusulas pago en especie o en mercaderías» y las «cláusulas de índice variable o de escala móvil».

Las *cláusulas de estabilización monetarias* son aquellas que proceden de pactos de las partes contratantes, donde la suma o cuantía de su prestación pecuniaria, al momento de su cumplimiento, variará o se adecuará al poder adquisitivo de una moneda concreta en relación con un índice de valor económico.

Los civilistas españoles distinguen entre una cláusula de «moneda oro»

o plata» y una cláusula de «valor moneda oro o plata», si bien se concluya que implican el mismo efecto.

Para la moneda extranjera también distingue BONET entre la «cláusula moneda extranjera» y la «cláusula valor-moneda extranjera». La primera es más conflictiva en cuanto se interfiere la legislación de control de cambios con problemas de importancia que estudia con detalle el autor. La segunda está admitida por la legislación y por la jurisprudencia. El T. S. la interpreta como una cláusula o índice de valor.

Entre las *cláusulas de estabilización económica* estudia BONET las cláusulas de «pago en especie o mercaderías» y las cláusulas de «escala móvil» o «a índice variable».

Las primeras tratan de sustituir al dinero cuando las monedas de un país alcanzan un alto grado de depreciación o cuando circulan insuficientemente para realizar los pagos. En nuestro ordenamiento el pago en especie es posible en la permuta, sociedad, aparcería, censos, alimentos y arrendamientos rústicos. En los demás contratos en que es preceptivo el pago en dinero o signo que lo represente, el cambio por otros bienes implica una modificación del objeto y causa del contrato tan sólo superable por la voluntad de las partes que no sea contraria a norma imperativa o prohibitiva, la moral o el orden público.

Las segundas, es decir, las «cláusulas de escala móvil o a índice variable» son una modalidad de cláusulas de estabilización que, añadidas a un contrato, permitirán designar a éste con su nombre propio con la adición de la palabra «indiciado» («renta vitalicia indiciada», «préstamo indiciado», etc.).

Enseña BONET que una cláusula de escala móvil o iniciada es aquella que se añade a las relaciones obligatorias pecuniarias de tracto sucesivo, según la cual en cada período o momento de su cumplimiento variará en proporción al valor de un cierto índice de valor (nivel medio de vida, etc.), o, concretamente, se adecuará según el valor en cambio de determinados productos o mercancías (trigo, aceite, etc.).

El autor justifica su validez en base a sólidos argumentos, criticando con acierto las opiniones adversas de algún sector doctrinal.

Lo cierto es que el legislador las ha admitido en los arrendamientos rústicos (Ley 23 julio 1943, art. 3.º) en los arrendamientos urbanos (art. 100) y en los préstamos hipotecarios (art. 219, Reglamento Hipotecario).

También la jurisprudencia las ha admitido, salvo precepto legal en contra. Y la propia doctrina civilística española concluirá por aceptarlas.

La obra de BONET CORREA está llena de abundantes citas bibliográficas, legales y jurisprudenciales. En todos los capítulos realiza además un estudio de derecho comparado de gran importancia y unos densos comentarios a las más destacadas sentencias y resoluciones que se ocupan del tema. Por todo ello y por la claridad y profundidad de su estudio el libro tiene un gran valor no sólo para el investigador, sino para el jurista práctico que precise de soluciones concretas en sus trabajos profesionales.

La obra de BONET CORREA, cuyo pensamiento he tratado de resumir en esta noticia bibliográfica, viene a ser, además de una importantísima aportación a la ciencia jurídica, un esfuerzo logrado de convencimiento en la búsqueda encuentro y utilización de toda una gama de soluciones jurídicas

y justas frente a los desequilibrios e injusticias que acarrearán las alteraciones monetarias y el gravísimo mal de la inflación. Es un alegato jurídico a gobernantes y gobernados en defensa de este bien tanpreciado y tan menospreciado, desgraciadamente, que es la libertad y con ella la paz social directamente afectados por la desestabilización monetaria. Corregir ésta, sanear la moneda con medidas acertadas de gobierno, será una sabia medida de defensa del bien público y de esos bienes preciados antes señalados. Como dice BONET en las palabras finales de su libro, de la estabilidad valorativa del dinero «dependerá el SUUM QUIQUE TRIBUERE y, en definitiva, que con ello se contribuya a la paz social».

FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ

GIOVANNI CRISCUOLI: «Le obbligazioni testamentarie», 2.ª ed. Milano, 1980. Ed. A. Giuffrè, 623 págs.

La primera edición de esta monografía se publicó en 1965 y, como el propio autor pone de relieve en el Prólogo, se trata con esta segunda edición de realizar una actualización basándose, sobre todo, en la reforma del Derecho de Familia de 1975 (19 de mayo de 1975, núm. 151). Con todo, la citada reforma sólo afecta a aspectos parciales del tema, por lo que las adaptaciones de la obra pueden considerarse mínimas en el conjunto de la misma.

La monografía de Criscuoli gira en torno a una tesis central: las relaciones obligatorias que nacen de un legado, de un sublegado o de un *modus* testamentario, constituyen una categoría unitaria y homogénea, que se distingue dentro de la categoría general de las relaciones obligatorias precisamente por aquellas fuentes específicas de las que nace. El rico campo de estudio que se ofrece desde esta perspectiva se pone de relieve con sólo considerar que las diversas obligaciones testamentarias son relaciones que se dan entre sujetos distintos del testador y, sin embargo, el acto de última voluntad es esencial para la constitución de la relación en sí misma. De aquí el problema de determinar si el valor de fuente constitutiva debe atribuirse exclusivamente al testamento o, más bien, lo relevante sea el comportamiento de los sujetos de la relación. En todo caso será esencial el determinar la relación entre ese comportamiento y la voluntad testamentaria.

Divide el autor su ensayo de construcción dogmática de estas llamadas «obligaciones testamentarias» en tres grandes capítulos. En el primero de ellos trata de determinar cuáles son los caracteres propios de estas obligaciones a través de un análisis diferencial con otra serie de obligaciones conectadas también al fenómeno sucesorio. Distingue a estos efectos cuatro categorías: las «deudas hereditarias», las «obligaciones hereditarias», las «obligaciones sucesorias asistenciales» y, por último, las «obligaciones testamentarias» propiamente dichas, las cuales para el autor difieren de las precedentes no sólo por nacer en base a una disposición del de *cuius*, sino además por constituirse a título originario en cabeza bien del gravado bien

del favorecido. Tras analizar cada una de estas categorías, el autor se centra en la que constituye el tema de estudio, poniendo de relieve cómo las más frecuentes y numerosas «obligaciones testamentarias» son precisamente las obligaciones *ex legato* a cargo del heredero. Antes de abordar éstas, brinda Criscuoli una interesante y completa perspectiva sobre la eficacia obligatoria de los legados en general. En el ámbito de las obligaciones testamentarias estudia, en primer lugar, las derivadas de un legado con eficacia real y obligacional (legado de cosa cierta, específica y determinada propia del testador, legado de crédito del mismo testador y legado de liberación de deuda) y a continuación las derivadas de un legado con eficacia meramente obligacional (legado de cosa del heredero o legatario o de un tercero, legado de cosa genérica, legado alternativo y los legados de alimentos y renta vitalicia), así como las obligaciones *ex legato* atípicas, las obligaciones *ex prelegato* y *ex sublegato*, para terminar este capítulo con el estudio de las obligaciones testamentarias modales. La sola enumeración de los temas abordados por el autor en este capítulo, sobre cuestiones de singular trascendencia doctrinal para nuestro propio Derecho, puede dar idea de los múltiples puntos de reflexión que en él se brindan al estudioso.

Con un método deductivo se trata, en el capítulo segundo, de seleccionar entre los diversos elementos de la relación jurídica aquellos que caracterizan de forma específica a las obligaciones testamentarias. En consecuencia, el capítulo se divide en dos secciones en las que se estudian separadamente los sujetos y la prestación de la relación obligatoria testamentaria, todo ello precedido de unas breves, pero interesantes consideraciones sobre el tema del interés del acreedor en la consecución de la prestación.

En relación con el aspecto subjetivo de estas obligaciones se destaca cómo una de las notas características de las mismas es la de la existencia, en el lado pasivo, de un sujeto cualificado y, en el lado activo, de un sujeto «indiferente», esto es, que mientras la posición de deudor puede ser asumida sólo por quién es heredero o legatario (y en cuanto tales), la posición del acreedor puede ser asumida por quien el testador desee. A esta idea se añade otra: mientras que la cualidad de legatario, de sublegatario o de tercero directamente interesado en el cumplimiento del *modus* constituyen posiciones jurídicas derivadas, en orden a la creación de la relación obligatoria, la cualidad de heredero o legatario gravados corresponden a posiciones jurídicas ya adquiridas por el correspondiente titular en virtud de una vicisitud sucesoria distinta de la constitutiva de la obligación testamentaria, en el sentido de que se es deudor en este tipo de relación en cuanto que se es ya heredero o legatario y no viceversa. Temas como los de la capacidad para ser sujeto, activo o pasivo, de este tipo de obligaciones y el de la pluralidad de acreedores y/o deudores, completan la sección a que nos estamos refiriendo.

La sección segunda de este capítulo se centra en la prestación y sus caracteres. Tras el análisis de temas generales como el de la patrimonialidad, posibilidad, licitud y determinación o determinabilidad de la misma, se estudian las peculiaridades que en este punto brindan las obligaciones testamentarias. De ello se deducen las notas específicas y diferenciales de este

tipo de obligaciones, especialmente por lo que se refiere a los límites respecto de la legítima, valor de la cosa legada, aceptación de la herencia a beneficio de inventario, etc.) que condicionan, en distinta medida, la eficacia de las disposiciones testamentarias y que inciden, consecuentemente, en la composición objetiva de las relaciones obligacionales que de aquéllas derivan. Lo singular, dice el autor, es el modo en que operan los citados límites, tanto a efectos de delimitar el objeto de la disposición testamentaria como en el plano de su influencia sobre la composición estructural de las obligaciones consecuentes.

Analizadas las diversas obligaciones testamentarias tanto desde el punto de vista de su individualidad, por tener caracteres específicos, como bajo el de su sistematización en la categoría general de las obligaciones, se aborda en el capítulo tercero y último el tema del papel determinante de la disposición testamentaria en la estructuración de las particulares relaciones que de ella derivan. En concreto se trata de determinar según qué esquema jurídico el gravado y el favorecido pueden considerarse recíprocamente vinculados en orden a lo querido y dispuesto por el testador. Desde el punto de vista sistemático ello supone un análisis de las posturas tradicionales en torno a las fuentes de estas obligaciones, esto es, como relaciones derivadas *ex voluntate testatoris*, *ex voluntate debitoris*, *ex contractu*, *quasi ex contractu*, *ex lege*, para terminar reconstruyendo el autor lo que considera la verdadera fuente de la obligación testamentaria. Ello lo hace a través de una valoración global de la disposición testamentaria obligatoria, de la aceptación de la deuda por parte del obligado y de la correlativa aceptación del crédito por parte del favorecido, como componentes de un único supuesto de hecho complejo. Este supuesto de hecho constitutivo de la obligación testamentaria está formado por tres negocios, ontológicamente distintos, que producen efectos individuales autónomos, pero concurrentes, con equivalente fuerza causal, dirigidos a la producción de un (super) efecto fundamental común representado por la constitución de la obligación testamentaria. Sin embargo, esa unidad entre disposición testamentaria-aceptación del gravado-aceptación del favorecido no alcanza los mismos caracteres en unos y otros casos, pues mientras que el nexo entre disposición testamentaria y los otros dos negocios de aceptación es genética y funcional al mismo tiempo, el nexo entre los dos negocios de aceptación entre sí y con la disposición testamentaria es exclusivamente funcional y, por tanto, mientras que la unión funcional discurre recíprocamente entre los tres negocios, el nexo genético es esencialmente unilateral en cuanto que son las dos aceptaciones las que dependen de la disposición testamentaria y no a la inversa.

A continuación, y tras controlar *ab intrinseco*, esa unidad en sí misma dentro de los principios generales de la teoría de los nexos negociales, el autor trata de encuadrar todos estos resultados en el sistema de las fuentes de las obligaciones del artículo 1.173 del Código civil italiano. Para el autor este artículo, que no incluye como fuente de las obligaciones a los actos negociales complejos, no es óbice para considerar a los mismos como típica fuente de la obligación testamentaria, dado el carácter meramente indicativo de aquel.

Termina su monografía abordando problemas concretos muy conectados con el tema estudiado: el llamado *mandatum post mortem* y las obligaciones testamentarias naturales.

En definitiva, la obra, de cuya densidad puede dar idea la somera descripción hecha hasta aquí, constituye un interesante banco de prueba para la coordinación de los principios dogmáticos de la teoría general de la sucesión con los relativos a la teoría general de las obligaciones. El autor va destacando, y de ahí el interés de su estudio, los aspectos más dudosos de estos dos campos confluyentes y tan necesitados de un estudio profundo en nuestra propia doctrina. Por último, destacar que el aparato bibliográfico, abundante y bien seleccionado, incluye útiles referencias no sólo a nuestro Derecho positivo, sino también a la literatura jurídica de nuestro país.

M. C. G. L.

MARTINEZ VAL, José María: "Abogacía y abogados". Tipología profesional. Lógica y oratoria forense. Deontología jurídica. Bosch, Barcelona.

Recuerdo que cuando mi padre me "empujó" materialmente en la carrera de Derecho, me regaló sucesivamente tres libros que me enseñaron a sentir interés por lo jurídico y por ese "quehacer" del jurista. El primero fue "El alma de la toga", de Osorio y Gallardo, que también el prologuista de este libro —Pedrol Ríus— alude en su introducción. A mí aquello de que la toga era un "trozo de paño negro sin bolsillos" me impresionó mucho. El segundo libro fue "La vida del abogado", de los hermanos Erizzo, italianos, que tocaban con una amenidad impresionante algunos de los temas candentes en la vida del abogado: clientes, confianza, causas, secreto, defensas de oficio, visita, sala de togas, etc. Un tercero llegó ya mucho más tarde, pero me sirvió para retroceder en el estudio: "El espíritu del Derecho romano", de Ihering. Yo me compré uno, no hace mucho, cuyo autor es Hernández Gil, "El abogado y el razonamiento jurídico", del que aprendí muchas cosas; ahora me llega éste que tengo que recensionar y que es una nueva versión de otro que en su día publicó su autor bajo el nombre de "El abogado: Alma y figura de la toga" (Madrid, 1956), que desconocía y lo siento, porque a mí lo que de verdad me ha gustado es leer lo que el abogado es y representa, más que actuar de abogado.

El libro da en el Capítulo VII una definición de abogado "es el licenciado o doctor en Derecho que, incorporado a un Colegio o habilitado ante los Tribunales, asesora y resuelve consultas, emite dictámenes por escrito, dirige pleitos civiles y recursos administrativos y mantiene defensas o acusaciones en causas penales. O bien, se especializa en algunas de estas actividades. Aunque el abogado completo —el abogado entero y verdadero— es el que no pone límites a su actividad jurídica". Creo que esta definición abre al lector el campo que trata el autor y al mismo tiempo permite descubrir el gran amor vocacional que tiene para su

profesión y la gran experiencia que aporta en todo su contenido. El libro es fácil, es ameno y toca todos los puntos esenciales de la función del abogado. Va precedido de una explicación en la que el autor aclara el proceso del libro y está prologado por el Decano del Colegio de Abogados de Madrid, Pedro Ríos y por una carta-prólogo del Duque de Maura al autor.

El autor nos cuenta cómo la profesión de abogado es señera y señorial. Nace en el III milenio a. de J. C. en Sumeria con la defensa de una mujer gravemente acusada. La abogacía por aquel entonces no era una profesión. Se convierte en profesión cuando el Emperador Justino constituye el primer Colegio en el que deberían estar inscritos cuantos fueran a abogar en el foro. Con ello surge la remuneración "causa honoris". Se sigue la historia y se llega a la Declaración de Delhi del año 1959, para luego ir desmenuzando caracteres y matices que adornan la función.

Dentro de esos caracteres y elementos que forman la profesión de abogado, el autor va exponiendo en los diversos capítulos los que a su juicio son más destacables. Así nos habla de la "vocación". La primera condición para ser abogado es tener vocación. Igualmente toca el problema de la libertad. La abogacía es una profesión libre y esta libertad es doblemente constitucional: por ser profesión y por ser abogacía. La abogacía necesita de las libertades fundamentales del hombre, no al modo revolucionario y decimonónico, sino en aquel otro que las entronca con el estilo cristiano y espiritual. Sin ellas se le amputa el más noble campo de su acción. Pero el abogado ha de moverse también en otros planos imprescindibles de libertad: la económica y la profesional. Otro tema importante que el autor enfoca es la Justicia y la Poesía. La abogacía es para la Justicia y son ellos los que por conseguirla ponen en ello su máximo orgullo, su máximo empeño. Compara la labor de jueces, fiscales, abogados del Estado, notarios y registradores y hace una afirmación, a mi humilde entender, excesiva, pues dice que sólo la abogacía su debate, se afana y lucha por la Justicia en cualquier campo. Si por jurídico hemos de entender lo justo —y no lo legal— yo sí respondo de mi parcela donde todavía puede decirse con orgullo que "somos el pueblo del Derecho y no el de la ley".

Abogacía y humanismo es el tema que ofrece al autor la oportunidad para enlazar la profesión con la actividad humanista. La abogacía no es problema de conocer el Derecho puro, ni de ejercitar o aplicar Derecho práctico, es más, sencillamente Derecho vivo. El trabajo del abogado, donde éste debe llegar a la ecuación exacta, conjugando estudio, sociabilidad y activismo, y la proyección del mismo en el campo de la empresa, en el bufete colectivo, en la consulta, el dictamen, el pleito y la causa penal, sirven al autor para desarrollar esos capítulos donde laten esa experiencia y conocimientos de muchos años al servicio de una profesión. El abogado, dice el autor, intenta encender una luz donde pueda mantenerse otra contraria. La ontología de los valores muestra que, dentro de ellos, hay siempre la "polaridad necesaria".

Desde el capítulo XVI al XXIX se ofrecen al lector un conglomerado de puntos muy importantes en el "quehacer" jurídico del abogado. El

problema de la responsabilidad va seguido de algo muy importante en la faceta poliédrica del abogado: la oratoria, el lenguaje jurídico, el lenguaje del abogado y la oratoria forense. La lógica jurídica y la lógica y el Derecho son puntos claves en esa labor que debe estar presidida por la razón. Las relaciones de compañerismo (compañero, decía Laín, significa comer del mismo pan), las del abogado con la Magistratura y la política suponen otros tantos puntos que el autor desarrolla con singular acierto. Termina el estudio con la ética, la moral y el heptálogo del abogado.

La obra lleva un Apéndice sobre la aportación e intervención de los colegios y asociaciones de abogados en la elaboración legislativa al III Congreso de la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados —UIBA—, México, octubre 1980, que sustancialmente es la ponencia que el autor presentó al citado Congreso. Lleva un índice bibliográfico, otro sumarial y una lista de obras del mismo autor que justifican sobradamente la amplia gama de conocimientos y actividades del mismo.

Yo creo que los abogados —y singularmente yo como abogado “no completo”— debemos estar de enhorabuena por esta obra que no solamente es guía para recordarnos y encuadrar nuestro quehacer, sino que puede servir para las futuras generaciones que han de sustituir progresivamente a éstas que ya están o estamos en lo podríamos llamar deportivamente “recta final”.

JOSÉ M.^a CHICO ORTIZ

DE LOS MOZOS, J. L.: «La reforma del Derecho de familia, en España, hoy», en «Colección de Estudios Monográficos» del Departamento de Derecho civil de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1981, vol. I, 190 págs. (*).

1. Es bien sabido que, en estos días, ha entrado en vigor la segunda etapa de la reforma del Derecho de familia, iniciada por Ley de 2 de mayo de 1975, al recibir sanción real la Ley de 13 de mayo de 1981, que, animada por la misma orientación de signo igualitario, modifica la filiación, la patria potestad, el régimen económico del matrimonio y el Derecho de sucesiones; pendiente de la discusión parlamentaria queda, pues, la tercera —y polémica— etapa, esto es, la que modifica las materias del libro I, título IV, del Código civil, así como la última, relativa a la institución tutelar. Esta técnica de reformas parciales tendentes a la actualización legislativa del Derecho de familia, que no es extraña en el Derecho comparado, ha dado lugar, entre otras cosas, a una larga *vacatio legis* que ha repercutido en el mundo universitario, no tanto en una ausencia, sino más bien en una pluralidad de textos prelegislativos, en torno a los que se han estructurado las explicaciones de clase de los dos últimos cursos académicos. El hecho es sumamente significativo desde la perspectiva general de la ciencia del Derecho civil, pues pone de relieve algunas notas caracterizadoras del estado

(*) Esta recensión ha sido redactada en junio de 1981, antes de la publicación de la Ley de 7 de julio, que modifica el Título IV del Libro I del Código civil.

actual de nuestros estudios. De una parte, muestra que la ciencia del Derecho civil es y sigue siendo, en lo fundamental, una ciencia dogmática en el sentido de estar enderezada a la construcción de un sistema conceptual, que no es estático, sino dinámico, una dogmática que, según lo hemos hecho notar en otro lugar, es ante todo una dogmática elástica; de otra parte muestra también la otra cara de la misma moneda, es decir, que la dogmática no es, ni ha podido ser nunca, inmutable, sino que evoluciona al compás de las transformaciones de la realidad, lo mismo normativa que fáctica; en fin, pone de relieve que nuestra disciplina, en el plano de la enseñanza, como se ha hecho notar con razón, aparece organizada por conceptos, en cuanto que se traduce en la exposición razonada de los principios fundamentales inmanentes al sistema dogmático, y que no se agota en una mera exégesis de los textos legales vigentes, a veces necesaria, pero, en general, estéril si no está imbricada en el mencionado sistema. Todo lo que ha desembocado en un nuevo género de literatura didáctica, caracterizado por una nota de provisionalidad, que, lejos de la rigidez escolástica, se ocupa fundamentalmente de tendencias y de la identificación de problemas; se trata de libros pedagógicos que, sin ser verdaderos «manuales», quieren servir de guía y de estímulo a la participación y al diálogo, libros que apuntan sobre todo al momento dinámico del sistema de conceptos, que se sitúan, justamente, en la zona elástica de la dogmática. Buenos exponentes de este estilo literario son, en tema de reforma del Derecho de familia, el libro dirigido por el profesor LACRUZ BERDEJO y el último libro del profesor DE LOS MOZOS, de cuyos rasgos más salientes nos ocupamos aquí.

2. Se trata de un volumen, al que seguiré, sin duda, un segundo, que aparece centrado ante todo en el sistema matrimonial y en el régimen económico del matrimonio, esto es, en el cuadro del Acuerdo sobre asuntos jurídicos de 1979 y en el entonces Proyecto de reforma del Derecho de familia, I, que hoy es ley. Así lo dice el propio autor en la *Presentación* cuando nos explica que en el presente volumen «se estudia fundamentalmente la "nueva imagen del matrimonio" que incide en el tema del *nuevo sistema matrimonial español*, y que preconstituye algo tan apasionante como es la *introducción del divorcio*, la *reforma de las causas matrimoniales*, y de la *jurisdicción y competencia en relación con las mismas*, temas todos ellos que serán estudiados con más detenimiento, y desde otra perspectiva, en el segundo volumen de la presente obra. Se estudia también —añade el autor— el *nuevo régimen económico matrimonial* proyectado, por ser éstos los temas, con los que, según la sistemática del *programa de Derecho de familia*, primero se van a encontrar los alumnos» (p. 12). Por eso el libro se divide en cuatro partes, a saber: *Familia y Derecho* (pp. 15-29), *Nueva imagen del matrimonio y sistema matrimonial español* (pp. 31-68), *Despenalización del adulterio y nuevo significado de la fidelidad conyugal* (pp. 69-87) y, por último, *Hacia un nuevo régimen económico matrimonial* (pp. 89-129). A ello se unen cinco *Apéndices* que reúnen los principales documentos examinados en el texto, esto es: la *Instrucción* sobre matrimonio civil y la *Resolución* sobre el matrimonio del ordenado *in sacris* de la Dirección General de los Registros y del Notariado, el *Acuerdo* con la Santa

Sede y los *Proyectos* de ley sobre modificación de los libros I y IV del Código civil en materia de familia (pp. 133-190).

Notemos que el estudio de las relaciones entre *Familia y Derecho* tiene por finalidad no sólo servir de introducción elemental al Derecho de familia, sino que fija la orientación metodológica que adopta el autor en su aproximación a la materia. Resalta que la familia es una *institución natural*, que preexiste al Derecho, pero no una institución en el sentido de la superada teoría institucionalista, tan en boga a comienzos de siglo, ni un simple hecho cultural, de índole puramente sociológica. Antes bien, se trata de una institución que el Derecho debe reconocer, proteger y garantizar su estabilidad al par que regular al mínimo, una institución natural que, montada sobre el matrimonio, se contrae, en rigor, a los cónyuges y los hijos, con arreglo a la concepción que subyace en la Constitución; de aquí que, a modo de conclusión, el estudio se refiera a la pretendida autonomía y a los caracteres distintos del Derecho de familia en el *corpus* del Derecho civil. Por otra parte, el examen de la *despenalización del adulterio*, introducida, como se sabe, por Ley de 28 de mayo de 1980, no obedece sólo a un afán de exhaustividad, sino que se incluye en el volumen porque, como dice el mismo autor, «constituye un *test* muy elocuente del espíritu que anima a las reformas del Derecho de familia» (p. 13); destaca aquí el nuevo fundamento en que descansa el deber de fidelidad de los cónyuges que, habida cuenta la supresión de la posibilidad de invocar el adulterio como causa de indignidad, desheredación y de ingratitud, ya no se puede basar en la idea de la solidaridad conyugal, sino en la autorresponsabilidad de los propios cónyuges ante la unidad de la familia, fundamento que adquiere una significación muy singular si se admite el matrimonio disoluble.

3. Con ser importantes estos temas, queremos llamar la atención sobre las opiniones del profesor DE LOS MOZOS en materia de sistema matrimonial, de configuración actual del matrimonio y de régimen económico, lo mismo en lo que respecta al régimen primario y al Derecho patrimonial de la familia que en lo que se refiere a la nueva tipicidad de los regímenes previstos por el Derecho común. Así, en cuanto al sistema matrimonial, es bien sabido que, tras la *Instrucción* de 26 de diciembre de 1978, se ha instaurado plenamente en el Derecho hoy en vigor un sistema de matrimonio facultativo, pues se ha entendido que la Constitución deroga los artículos 42 y 86 del Código civil. En efecto, pone de relieve el autor que la «Constitución proclama, por una parte, la igualdad de todos los españoles, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» (art. 14). Congruentemente con ello garantiza la «libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y de las comunidades...» (artículo 16-1), por lo que «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias» (art. 16-2). Por otra parte, proclama la aconfesionalidad del Estado (art. 16-3, 1), pero reconoce la importancia del «hecho religioso» y el mantenimiento de las relaciones con la Iglesia Católica y con las demás confesiones (art. 16-3). En tercer lugar, el art. 32 dispone que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica» (apartado 1.º), estableciendo seguidamente que: «La ley

regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos» (p. 41). Y de aquí se infiere, entre otras cosas, que tenemos un sistema pleno de matrimonio alternativo. Pero el problema surge porque, como muestra el autor, el *Proyecto* de 1980 no logra establecer este sistema con nitidez en el Libro I del Código civil; de forma coherente con el esquema constitucional, no contempla el texto una elección entre clases diversas de matrimonio, pero el art. 49, en relación con el 59, al admitir el matrimonio «en la forma religiosa legalmente prevista», parece aludir a un matrimonio civil en forma religiosa, como acontece en el Derecho anglosajón, mientras que, por otra parte, el art. 60-1 reconoce que «el matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico produce los efectos civiles...», y el art. 80-1, asimismo, la eficacia civil de las sentencias de nulidad dictadas por los Tribunales eclesiásticos. Lo cierto es que el *Proyecto* no articula un sistema de matrimonio civil obligatorio, sino que se puede calificar de «optativo limitado», como ha hecho LUNA SERRANO, si bien hubiera sido preferible, para DE LOS MOZOS, distinguir las dos formas de matrimonio, reconocer expresamente los efectos civiles del matrimonio canónico y dejar «para un lugar más oportuno el tema del matrimonio civil contraído bajo forma religiosa» (p. 45). Por no haberse formulado así, surgen problemas importantes, y de difícil solución, en materia de doble matrimonio, de fraude procesal, de impedimento de vínculo religioso y del régimen un tanto privilegiado que mantiene el matrimonio canónico. Por lo que se refiere a la nueva configuración del matrimonio, pone de relieve el autor que su imagen resultaba dibujada por la secularización que repercute, sobre todo, en los impedimentos; por la acentuación del consensualismo que aproxima el matrimonio al esquema general del contrato, por ejemplo, en relación con la simulación, con la forma y con la causa del matrimonio; por el juego de los principios de libertad y de igualdad que se manifiesta en la supresión de la licencia para contraer matrimonio y del impedimento de raptó; y, sobre todo, por la disolubilidad del vínculo que no se contrae al matrimonio civil, sino que, según el artículo 80-2, alcanza a la «cesación de efectos civiles» del matrimonio canónico.

Por lo que respecta al llamado Derecho de familia aplicado, interesantes son, asimismo, las observaciones del profesor DE LOS MOZOS, referidas al *Proyecto* de 1979, aprobado por Ley de 13 de mayo de 1981, publicada el 19 de mayo de este año. Expone, ante todo, las consecuencias que se derivan, en el aspecto patrimonial, del principio de igualdad de los cónyuges, a saber: la supresión de la dote, de los bienes parafernales y de la prohibición de contratar entre los mismos; el deber de contribuir al levantamiento de los *onera matrimonii*; la colaboración en el ejercicio de las potestades domésticas; la responsabilidad conjunta o solidaria, según los casos; la codisposición de los bienes comunes, junto a la supresión de la licencia marital; en fin, la mayor posibilidad de intervención judicial que sustituye a la vieja unidad de dirección. Destaca, por otra parte, la nueva sistemática externa que, como se sabe, ha trasladado al libro IV del Código civil todas las normas de contenido patrimonial que antes se situaban en el libro I,

las que constituyen el régimen económico matrimonial primario, esto es, las previstas por los nuevos arts. 1.315 a 1.324. Advierte el autor, sin embargo, que no se trata de normas de *ius cogens*, sino más bien de unas reglas que ponen, como las legítimas, un freno negativo a la autonomía privada de los cónyuges en función de asegurar la igualdad, la solidaridad y el interés de la familia; de aquí que dicho régimen deba ser entendido en nuestro Derecho, igual que en el Derecho francés, como un estatuto básico o fundamental o como las reglas comunes a los diversos regímenes matrimoniales posibles. Al lado de esta figura examina el autor el contraste entre régimen económico matrimonial y Derecho patrimonial de la familia, entre los que existe, a su juicio, una relación de especie a género, pues mientras el primero aparece centrado en las relaciones patrimoniales internas de los cónyuges, el segundo se preocupa principalmente, en cambio, de las relaciones de éstos con los terceros; mientras el primero se contrae a las relaciones patrimoniales que resultan de la proyección del vínculo matrimonial, el segundo atiende a las relaciones patrimoniales ajenas al superior interés de la familia y trasciende, incluso, el campo del Derecho civil, hacia el mundo de los seguros y de la previsión social. Quizá la mejor manera de diferenciar uno de otro sea, como hace el mismo autor, decir que se distancian tanto como el deber de socorro mutuo y de contribuir a las cargas de la familia, por un lado, y la obligación de alimentos recíprocos, por otro (p. 111). En fin, por lo que se refiere a los regímenes típicos, estudia la disciplina hoy en vigor sobre la nueva sociedad de gananciales, el régimen de participación en las ganancias y el régimen de separación, sin olvidar el examen de la regla de paridad de los cónyuges en su proyección sobre las relaciones entre las diversas masas patrimoniales y, en particular, el régimen del hogar familiar.

4. No queremos terminar esta breve reseña del importante libro que nos ocupa sin aludir a otro rasgo que sobresale a lo largo del mismo, y es que se sitúa en todo momento en el campo de lo que se ha dado en llamar Derecho civil constitucional. El autor tiene en cuenta, en efecto, al tratar cada tema no sólo el marco constitucional, sino que integra las indicaciones del texto en un esquema institucional unitario, sobre todo en materia de principios generales del Derecho, de derechos fundamentales de la persona y de protección de las relaciones de familia, dentro o fuera del matrimonio. Y es que el profesor DE LOS MOZOS está convencido, con toda razón, de la unidad esencial de nuestro ordenamiento.

León, junio de 1981.

CARLOS VATTIER FUENZALIDA

PERONE, Gian Carlo: «L'organizzazione e l'azione del lavoro nell'impresa», Ed. A. Milani, Padova, 1981, 286 páginas.

La presente contribución del profesor Perone sobre las tendencias que actualmente registra la evolución—tanto normativa como efectiva—de la estructura sindical, viene a insertarse en la «Enciclopedia Jurídica del Trabajo» (vol. III de la sección 1.ª, relativa al «Derecho Sindical»), que desde

hace ya algún tiempo y con notable éxito viene dirigiendo —y promoviendo— el profesor Giuliano Mazzoni.

La obra, como decíamos, versa sobre las transformaciones de fondo que desde hace unos pocos años vienen observándose en la praxis sindical italiana, tanto en el plano organizativo como en el plano de la «acción de trabajo». Como es sabido —y el autor recuerda en el cap. I—, el sindicato moderno, si bien en su momento originario nació con un carácter estrictamente empresarial (es decir, circunscrito al espacio de la singular unidad productiva), pronto habría de alcanzar su «madurez unitaria», bajo un modelo organizativo centralista y confederal, articulado en una infinidad de estructuras verticales y horizontales interdependientes: el signo evidente de esta configuración era —y es todavía hoy— la necesidad de lograr una más amplia y profunda solidaridad de clase. Mas este modelo de organización sindical que, por lo demás, es el sustentado por el *Statuto dei lavoratori*, el «modelo tradicional» según calificación del mismo Perone, está asistiendo en la actualidad a su propia crisis y en gran medida se está viendo desbordado por la aparición de nuevas y «espontáneas» formas de autoorganización de las llamadas «relaciones industriales» dentro de la empresa. He aquí localizado el «tema» del libro.

La respuesta del sindicato tradicional frente a estos brotes autonomistas es de asimilación: paulatinamente —y en razón sin duda de su vocación hegemónica— se va apartando del modelo clásico y orientando su centro de gravedad hacia el lugar del trabajo (empresa) con el fin de aglutinar dentro de su sistema esas nuevas formas de organización. El profesor Perone, de acuerdo con estas primeras verificaciones, comprueba a lo largo de este capítulo inicial cómo se va trasformando esa supremacía que la ley aseguraba al sindicalismo tradicional, como consecuencia siempre de estas formas espontáneas de autoorganización. Lo que le permite concluir afirmando que la relación entre las formas de *democracia representativa* propias de la estructura tradicional van encontrando nuevos equilibrios —nunca definitivos— con las nuevas formas de *democracia directa*, que parecen ser el signo de las nuevas manifestaciones de la realidad sindical.

El capítulo segundo aborda un detallado análisis de la organización del trabajador en el lugar del trabajo; y tras un minucioso estudio de la realidad —una verdadera reconstrucción tipológica—, se preocupa Perone por examinar todos y cada uno de los cauces de la representación obrera en la empresa. En los capítulos tercero y cuarto se estudia la acción y la actividad sindical, desde el punto de vista de lo que las mismas suponen de limitación al poder de organización del empresario. Aspecto central de la investigación es aquí el derecho a participar en la gestión de la empresa (art. 46 de la Constitución republicana de 1947). Finalmente, se plantea la compatibilidad entre un sistema de acción sindical como «contrapoder» y el modelo emergente de participación. El libro concluye con un quinto capítulo, en el que se tematiza el ámbito de aplicación de las normas sobre la actividad sindical en el lugar de trabajo (con particular referencia en este punto al cap. III del *Statuto dei Lavoratori*).

En resumen, saludamos muy positivamente este libro, pues viene a cubrir una importante laguna de los estudios laborales en lo tocante a la crisis

del sistema sindical tradicional; y en este mismo sentido, habrá de ser un instrumento de gran ayuda para iniciarse en la difícil y siempre compleja problemática que suscita la organización y la acción del trabajo en la empresa.

I. P.-A. R.

PUIG BRUTAU, J.: «Introducción al Derecho civil». Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1980, 446 págs.

Se cierra con esta *Introducción* una de las obras más significativas y valiosas de la literatura civilista española de las últimas décadas: los *Fundamentos de Derecho civil*, de don José Puig Brutau. Sobradamente conocida, cotidianamente utilizada por estudiosos y profesionales, la obra de este eminente jurista reclama todavía el abierto y generalizado reconocimiento que se le debe y que —hora es de decirlo— no le ha sido prodigado ciertamente con generosidad. Al menos esto ha sido así, señaladamente, en los ámbitos académicos, donde el eco de la obra ha mostrado más bien un tono de escrupuloso distanciamiento (1). Bien es cierto que un hecho así tampoco debe ser tenido como insólito, supuesto que se trate de aportaciones de producción ajena al gremio y, como en este caso, caracterizadas por el choque y la ruptura, tanto frente a los dogmas como —precisamente— frente a los modelos discursivos establecidos.

Largo tiempo anunciada «en prensa» la *Parte General* de los *Fundamentos*, en 1979 aparecían los dos volúmenes del tomo I dedicados al sujeto y objeto del Derecho, debidos a la pluma del profesor Puig Ferriol, y se nos advertía entonces la publicación de la *Introducción*, de Puig Brutau, como «complemento» de la obra general que, por tanto, se daba por concluida. El volumen que ahora sale no se integra formalmente, en efecto, en los *Fundamentos*. El dato merece ser anotado, y no tanto por su significación sistemática, perfectamente natural desde la perspectiva anglosajona que es cara al autor, cuanto por lo que tiene de revelador, en congruencia con el contenido de este volumen que se reseña, respecto del sentido final de la obra del eminente jurista catalán.

Los volúmenes sucesivamente publicados desde 1953 evidenciaban una honda preocupación metodológica y una insistente crítica (ciertamente algo atenuada en los últimos años) frente a los recursos conceptualistas y las construcciones dogmáticas del llamado Derecho de profesores, lo que salpicaba la parte institucional de abundantes (alguien dijo reiterativas) alusiones a cuestiones de orden general que, naturalmente, apenas podían quedar sino esbozadas. Resulta hasta cierto punto comprensible que ello suscitara la expectativa de que en la inédita Parte general o introductoria tuvieran, finalmente, desarrollo aquellas grandes cuestiones, en el seno de lo que vendría a ser un acabado y original sistema (o contrasistema) teórico.

(1) Justo es que señale, sin embargo, 'el neto y directo elogio que le dedica el profesor De los Mozos en su *Derecho civil español. I. Parte general. Vol. 1. Introducción al Derecho civil*, Salamanca, 1977, pág. 638.

Pero la *Introducción* que ahora aparece no alberga (y es evidente que tampoco lo pretende) semejante proyecto teórico, antes bien demuestra, así en el elenco de cuestiones tratadas como en su desenvolvimiento, un mesurado obsequio a las elaboraciones tradicionales y al patrimonio doctrinal que en esta sede cabe considerar adquirido. El resultado es, pues, eminentemente descriptivo, y si bien un sello personal no deja de estar presente tanto en la óptica como en el estilo expositivo, hay a veces un sacrificio excesivo de las opiniones y conclusiones propias (que se echan de menos, por ejemplo, al abordar cuestiones como la distinción derecho público-derecho privado, págs. 35 y sigs., o la definición misma del Derecho civil, pág. 70). Si no estamos, entonces, ante una obra de ambicioso empeño teórico, no cabría, sin embargo, suponer que pierda vigor por ello la beligerancia crítica mostrada en la parte institucional, pues tal es justamente la sede donde, tropezando con los problemas específicos, cobran su real dimensión los recursos dogmáticos y su crítica.

En cuanto a su contenido, el volumen reseñado se compone de diez capítulos, a lo largo de los cuales son tratadas, según un orden de exposición tradicional, las materias habituales en obras de este género: concepto del Derecho y teoría de la norma, el Derecho civil y su significación, evolución del Derecho civil español, fuentes del Derecho, interpretación y eficacia de las normas y, finalmente, el derecho subjetivo y sus límites.

Particular interés ofrecen las páginas (130 y sigs.) dedicadas a la cuestión, hoy hondamente polémica, de la articulación de las relaciones entre «el Derecho civil estatal y los de las Comunidades Autónomas en la Constitución de 1978». Ya el tenor literal de esta rúbrica con la que se abre el tema resulta elocuente respecto de la perspectiva de análisis adoptada, en la que el autor comparte ampliamente los puntos de vista ya expresados por los profesores Puig Ferriol y M.^a Encarna Roca: el concepto «Derecho foral» queda desustanciado de su específica significación histórica, y no pasa ya de ser, en la Constitución, sino una pura manera de hablar para referirse al «Derecho civil de la comunidad autónoma respectiva». Idea clave que se condensa en la terminante frase que el autor reproduce: «desapareció el Derecho foral para pasar a ser Derecho civil de la comunidad autónoma de que se trate» (pág. 131). Bien se comprende que, establecido tal planteamiento, el desarrollo de todo el problema sortea fácilmente los diques de contención con que podría toparse a la hora, pongamos por caso, de precisar el alcance —punto crucial en la disciplina constitucional— de la «modificación y desarrollo» de esos Derechos. Con todo, el hecho de que la Constitución se refiera precisamente a «Derechos forales o especiales» sigue constituyendo un embarazoso problema que legitima —creo— las dudas, y da cabida a hipótesis acaso más matizadas que rotundas, cual pone de manifiesto —pongo por señalado ejemplo— el análisis de Jesús Delgado Echeverría, quien puede observar diversamente cómo el criterio adoptado por la Constitución simboliza, de modo preciso, el triunfo del «foralismo» frente al «autonomismo».

Del resto del libro destaca, por su desarrollo, la parte dedicada a las fuentes del Derecho y, dentro de ella, no podríamos dejar de señalar la espléndida exposición sobre la jurisprudencia (capítulo VII, págs. 243 y sí-

guientes), tema sobre el que ya debíamos al autor fundamentales trabajos que son perfectamente notorios. Anotemos ahora solamente cómo, en la interminable cuestión acerca del valor de la jurisprudencia («le débat est sans issue», advierte el autor con Esmein), recapitula Puig Brutau el debate y afronta, una por una, las razones esgrimidas para negar a aquélla la consideración de fuente, sometiéndolas a una serie de «observaciones» (págs. 255 y sigs.) que, arguyendo unas veces la relativización de premisas y estableciendo otras la refutación contundente, en su conjunto componen un singular ejemplo de razonar preciso y directo.

Esta *Introducción* sale a la luz en un momento y en unas circunstancias que reclaman atención. Nuestro ordenamiento jurídico se encuentra en una fase de transformación profunda. El entramado institucional es atravesado por un extenso movimiento de revisión. Y los factores que configuran esta situación no son ya sólo puramente ideológicos o de valor, ni se contraen tampoco a las meras determinaciones sociales: se trata, esta vez, de un importante fenómeno sustancialmente normativo. Ahí se encuentran, de un lado, las extensas reformas sectoriales recientemente producidas a nivel legislativo ordinario. Pero está también, sobre todo, el hecho clave de la promulgación de la Constitución de 1978. Si no es defendible que el Derecho civil pueda sustraerse a las repercusiones de un fenómeno de tan honda trascendencia ordinamental, el adecuado reflejo de ello tendrá obviamente su sede propia en la parte introductoria. En el libro que aquí se anota, aparte de lo señalado a propósito del Derecho foral y de otras precisas y ocasionales referencias normativas, el lector acaso puede echar en falta un desarrollo suficiente, al menos con la dimensión que le convendría, de tan importante fenómeno y de las cuestiones que suscita.

Mas justamente por esa situación de radical transformación en que nos hallamos inmersos debemos convenir con quién ha observado juiciosamente: «introducir al estudio del derecho privado es cada día más difícil».

JUAN CADARSO PALAU

REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José Ramón ANTON RIESCO

DELGADO ECHEVARRIA, Jesús: «Los derechos civiles forales en la Constitución». R. J. C., 1979, julio-septiembre, pág. 643.

La situación actual de los derechos forales debe su origen al Congreso Nacional de Derecho civil, que se celebró en Zaragoza el 9 de octubre de 1946, fruto del cual son las vigentes Compilaciones de los distintos derechos forales.

Esta promulgación supuso la derogación de los viejos artículos 12 y 13 del Código civil.

Esto, unido a la promulgación de la Ley de 31 de mayo de 1974, por la que se modifica el título preliminar del Código civil, hace que las materias relativas a estas cuestiones se encuentren hoy en un punto que a no todos los intérpretes les parece el mismo, para lo cual sería necesario estudiar esta materia desprovistos de toda asepsia sentimental, como recordaba don Federico de Castro.

Un apartado pequeño se dedica al examen de la evolución histórica desde el punto de vista de la Constitución de la II República y el Estatuto de Cataluña, que sirve al autor para expresar que foralismo y regionalismo autonomista no son la misma cosa, sino a menudo actitudes contrapuestas pero a su juicio perfectamente compaginables.

Los trabajos parlamentarios sirven de examen al apartado siguiente recogiendo la numeración de los artículos según los trabajos se fueron realizando hasta que se llega a plasmar en el artículo 149 de la actual Constitución.

El precepto constitucional contiene una regla de delimitación de competencias legislativas en materia de Derecho civil entre las comunidades autónomas y el Estado y garantiza constitucionalmente la pluralidad de regímenes jurídicos civiles existentes en el territorio nacional.

Los sujetos de esta posibilidad son en primer término las comunidades con autonomía plena el ámbito territorial allí donde existan derechos forales. En esta materia es donde la cuestión se alza con mayor preocupación para el autor debido a lo que en cada caso deba entenderse con ello. Aquí surgen las más variadas opiniones en todos los aspectos y desde todos los puntos.

El objeto se halla constituido por los «derechos civiles forales o especiales»; la actividad a que se refiere es la «conversación, modificación y desarrollo» y las excepciones son las relativas al matrimonio, sus formas, la ordenación de los Registros e instrumentos públicos, las bases de las

obligaciones contractuales, las normas para resolver los conflictos de leyes, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, y la determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas del Derecho foral o especial.

Tres cuestiones quedan por reseñar: el problema de la sucesión de ordenamiento, los problemas del período de transición y acaso la imposibilidad de la unificación del Derecho civil.

DORAL GARCIA, J. A.: «Comentario al artículo 470 del Código civil». R. D. P., noviembre 1979, pág. 991.

Partiendo del texto legal, el autor, a lo largo de dieciséis epígrafes, trata de dar una visión total y moderna del tema relativo a los derechos y obligaciones del usufructuario, que serán los que determine el título constitutivo y en su defecto o por insuficiencia de éste, se observarán las disposiciones contenidas en las dos secciones siguientes:

Afirma el investigador que parece ser que el citado precepto de primacía a la autonomía de la voluntad como base principal de la disciplina del usufructo.

Son objeto de especial análisis tres puntos básicos en torno a la materia, a saber: la idoneidad del título para ser efectivamente constitutivo, el examen de todos y cada uno de los elementos del título, a la luz de la terminología del precepto defecto o insuficiencia del título y los límites de esa capacidad reglamentaria del negocio jurídico.

Seguidamente analiza los dos primeros problemas a la luz del propio texto articulado, para enumerar a continuación los derechos y obligaciones a que se refiere el propio artículo 1.470. La jurisprudencia en torno a esta cuestión ha señalado que hay que verificar las responsabilidades legales que sufran las cosas por abandono la responsabilidad civil por daños y si antes de la entrada en el disfrute la responsabilidad por daños es la única exigible.

A continuación se exponen las teorías sobre la posible interpretación del precepto, y especialmente si la interpretación en torno al mismo ha de ser amplia o más bien estricta. Los pactos relativos a la extinción se estudian a continuación antes de entrar en la investigación del silencio u omisión del título constitutivo.

El defecto o insuficiencia del título sirve para dar paso a los principios informadores de las disposiciones contenidas en «las disposiciones siguientes de las dos secciones» y expone lo que a su juicio serán los criterios a seguir en caso de duda. Recoge la opinión de Albaladejo sobre que en estos casos hay que inclinarse sobre el menor alcance del texto que establece el usufructo y sobre la menor extensión del mismo.

Son examinadas igualmente las relaciones entre el artículo 470 y el 467 antes de entrar en el estudio del título constitutivo como cuestión previa y la modificabilidad del contenido obligacional.

Otras cuestiones sobre el título y la analogía son enumeradas y examinadas seguidamente para dar paso a la investigación sobre los elementos

del negocio que pueden faltar en el título constitutivo o negocio del mismo, tales como la no exigencia de fianza, o algún otro de los elementos que el autor designa como estructurales.

GARCIA HISSCHFELD, José Luis: «Ensayo sobre temas varios de derecho de daños». R. D. P., noviembre 1979, pág. 1026.

El derecho de daños, recogiendo la opinión casi unánime de los autores modernos, afirma el autor se encuentra en crisis y ha sido pasando lentamente desde la idea subjetiva de culpa a la idea objetiva del perjuicio patrimonial.

Por todas partes se afirma la distinción clara entre culpa y responsabilidad, así la culpa según la distinción clásica requiere profundizar y descubrir la conducta del agente, con todas las dificultades que ello encierra, sobre todo desde el punto de vista del Derecho procesal.

Se entremezclan a continuación unas sentencias que marcan un rumbo distinto al tradicional en torno a la carga de la prueba, en especial la de 7 de enero de 1960, que es expuesta y razonada en especial por autores como Díez-Picazo. La Ley del Automóvil, la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960, la Ley de Expropiación Forzosa y la Ley de Casa, de 4 de abril de 1970 son claros exponentes del cambio del sistema. En especial el artículo 33, 5.º, de esta última Ley, que hace responsables del accidente a toda la partida de caza cuando se ignore el autor, con lo que implícitamente se está reconociendo la desconexión absoluta entre el sujeto y el daño, aquí se presume hasta el nexo causal.

Las consecuencias dañosas con la exigencia de un requisito previo como la producción del resultado dañoso no es sino la destrucción o tal vez la simple alteración de una condición patrimonial o no patrimonial favorable. Señala una serie de daños resarcibles en nuestro Derecho, como son el honor, la fama y la reputación profesional, la honra, el buen nombre, la vida, la integridad física y el dolor físico y moral.

El nexo causal es examinado a continuación a través del sujeto pasivo y activo de la acción, así como la solidaridad, antes de entrar en el estudio de la concurrencia de causas y la compensación de culpas, pero llevado especialmente al campo de la obligación solidaria.

La culpa y el riesgo son examinados a continuación dentro de la llamada responsabilidad objetiva a través de las obligaciones ex lege, o las obligaciones derivadas del simple deber genérico para dar paso al examen del tema sobre la del restablecimiento del equilibrio patrimonial perdido. Aquí se enumeran entre otros los artículos 101 del Código penal, los relativos al mandato como 1.723 y otros como el 1.101, 1.902, etc., pero obvio resulta señalar que no en todos los casos puede conseguirse lograr que las cosas queden como estaban.

El examen de la prescripción y la interrupción de la vigencia, que como señalan Picazo y Gullón no basta sólo con el transcurso del mero lapso del tiempo, sino que debe ir acompañado de la falta del ejercicio del Derecho.

Termina el autor el presente estudio con programas y soluciones de «lege data» y «lege ferenda», justificando el tránsito de la vía subjetiva a la objetiva, y la consagración del principio de solidaridad para todas las acciones tendentes a la reparación de los daños.

ROCA TRIA, Encarna: «El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978». R. J. C., 1979, enero-marzo, págs. 7 y ss.

El Derecho civil ha sido siempre objeto de atención en las Constituciones españolas: primero se trató de solucionar el problema de la unificación a nivel estatal del Derecho civil vigente en España, es decir, se trató de conseguir un único Código civil para toda la Monarquía, después una vez lograda la promulgación del Código civil en 1889, se trató del tema de la producción de este mismo derecho.

Así comienza el presente trabajo, que trata de dar una visión actual y real de este problema que cada día presente unas nuevas facetas y una nueva problemática.

El estudio, aparte de esta introducción, tiene tres apartados fundamentales: los antecedentes constitucionales del tratamiento del Derecho civil catalán, la situación del Derecho civil catalán en la Constitución de 1931 y la situación en la actual Constitución.

Por lo que respecta al primer problema, se estudian la Constitución de Cádiz, la de 1812, y las de 1837 y 1869. Igualmente, la Constitución Federalista de 1873 y la Constitución de 1876.

Es de marcada importancia mencionar el famoso artículo 258 de la primera Constitución, que ha servido siempre de antecedente a la codificación española en todos sus caminos, pero que para la autora significa una doble importancia e interpretación: necesidad de que existiera un único Código civil, pero con exclusión de cualquier otro cuerpo de Derecho civil foral o no.

La segunda es el propio precepto interpretado con una visión más geográfica parece que dando una visión espacial sobre las provincias de ultramar y especialmente Asís y América.

La segunda parte histórica se refiere a la Constitución de 1931, que da según el artículo 8 de la misma la posibilidad a las regiones de constituirse en autonomías, reconociendo unos derechos políticos, lo cual comporta la posibilidad de creación de Derecho civil, de la misma forma que la supresión de estos mismos derechos, en 1716, trajo consigo la paralización de este mismo derecho.

La Constitución actual es examinada a la luz de unos principios progresivos que determinan acaso el ir muchas veces más allá de lo que el propio texto legal se propone. La autora nos lleva a señalar que las materias que se aplican al Derecho foral que algunos pretenden llamar Derecho de las nacionalidades son principalmente las siguientes: ámbito espacial, cambio de terminología y olvido de la palabra Derecho foral, no se refiere sólo al propio Derecho civil, sino también a todas las materias que expresamente no se ha reservado al Estado, según el artículo 149 de la Constitución, materias que no sean efectos jurídico patrimoniales del matrimonio, ordenación

de los Registros e instrumentos públicos, bases de obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes, determinación de las fuentes del Derecho, etc.

RODRIGUEZ AGUILERA, Cesáreo: «El futuro de los derechos forales o especiales». *R. J. C.*, 1979, núm. 2, abril-junio, pág. 475.

Afirma el autor la trayectoria de los derechos forales en los últimos tres siglos, se nos ofrece como una agresión dolorosa e inútil y como un triunfo difícil de la historicidad, de la razón y de la lógica.

El hecho empieza con relación Baleares, el 28 de noviembre de 1715, con el Decreto de Nueva Planta que ciega las fuentes legislativas y bloquea el Derecho foral o especial, por lo que a finales de aquel siglo sólo podía pensarse en la extinción de aquellos derechos cegados. Pero el siglo siguiente, es el siglo del desarrollo del liberalismo y del desarrollo científico secular, de nuevas formas de participación política de los pueblos y de nuevas conquistas en el derecho de la persona. El siglo xx, sin embargo, con la publicación de las Compilaciones dio fe de la supervivencia, de la consolidación de aquel derecho especial, contra viento y marea, curiosamente, en una época centralista y autoritaria. El cambio de estructuras que supone la Constitución de 1978, la necesidad de un amplio desarrollo de la misma, el reconocimiento expreso de los derechos especiales y las facultades asignadas en algunos sectores a las Comunidades autónomas, puede hacer pensar, así como la posibilidad de que éstas tengan Tribunales Supremos, que estamos en presencia del renacimiento y esplendor de los derechos especiales o forales de los pueblos de España, sin perjuicio de un desarrollo igual del Derecho común.

Con las posibilidades que la Constitución ofrece para el Derecho especial de las comunidades autónomas se van a dar dos circunstancias para dinamizarlo, se dispone de un nuevo derecho y de unos nuevos cauces, de nuevos órganos legislativos, ejecutivos y judiciales que lo van a impulsar y hay una voluntad de reflejar la personalidad colectiva propia a través de las estructuras naturales de los históricos pueblos de España.

El cauce, pues, supone nuevas posibilidades a través del artículo 149 de la Constitución, que aunque es menos amplia en este punto que la de 1931, sobre todo en lo referente al Tribunal Supremo, que el texto que se nos da revela que se ha querido quitar deliberadamente y excluir el recurso de casación del ámbito de poder de las Comunidades autónomas.

Al lado de la principal fuente del derecho objetivo, las Cortes Generales, se reconoce en la Constitución, aunque mediante control la posibilidad de que las Comunidades autónomas dicten para sí mismas normas legislativas.

SALVADOR CODERCH, Pablo: «El proyecto de Código civil de 1851 y el Derecho civil catalán». *R. J. C.*, 1980, enero-marzo, núm. 1, pág. 49.

Principalmente fueron tres instituciones, de entre todas las reguladas por el Proyecto moderado, las que desataron la protesta de cierta sociedad catalana, la legítima, la enfiteúsis y la «rabassa morta».

En el caso de las legítimas, el Proyecto rígidamente unitarista, intentaba extender a todo el país una regulación inspirada en el Derecho castellano tradicional: *la legítima larga y el sistema de mejoras*.

La parte segunda de este estudio tiene por objeto delimitar las limitaciones a la libertad de testar en el Proyecto de 1851 y en sus antecedentes inmediatos. Se hace una especie de evolución histórica, teniendo por base las leyes de Toro, así como los Proyectos de 1836, con la exposición de las posturas de Tapia, Vizmanos y Ayuso en los comentarios al Proyecto de 1836. Por otro lado, se enumeran los intentos que han existido con ánimo de reformar la enfiteusis, institución la que muchos juristas catalanes han visto la causa principal del desarrollo agrario catalán. Se hace especial mención de derechos que lleva ínsitos en sí misma la institución, como el *laudêmio*, la *redención*, etc.

El Proyecto de 1851 planteó la problemática en su artículo 1.563, en torno a la renovación o duración del contrato, dejando la duración del mismo en la cantidad de sesenta años, cuestión que originó una virulenta animadversión ante el texto legislativo. Especialmente hasta un informe de la Audiencia de Barcelona, que proponía que no se fijara plazo alguno de duración del contrato, sino que éste se prolongase hasta tanto quedase fructífero una tercera o cuarta parte de cepas, y que a tal efecto para evitar el fraude se estableciera un sistema de comprobaciones quinquenales para determinar el estado de la explotación.

El contenido en torno a la segunda parte se manifiesta con el Proyecto de 1851, sobre estas mismas materias, pero un cuanto a ellas luce una nueva regulación más amplia y menos conflictiva.

Se desarrolla primeramente, la defensa de la regulación tradicional de la libertad de testar, se mantiene como ejemplo vivo la regulación de la enfiteusis catalana, se examina a la luz del nuevo artículo 1.563 la «*rabassa morta*» y se investiga sobre las reivindicaciones planteadas sobre los tres puntos conflictivos en la materia objeto de examen.

Especialmente en cuanto a la «*rabassa morta*» se sigue manteniendo el tiempo de duración por el plazo de sesenta años, que luego llevó a la necesidad de establecer renuevos, *acodos* y *mugrones*; no obstante este artículo motivó una seria *ratio* de origen a un conflicto social habido ochenta y seis años atrás.

TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, Juan Antonio: «*La anunciada ley de divorcio y la problemática de Derecho internacional privado*». R. D. P., noviembre 1979, págs. 1006 y ss.

Una consideración de carácter general da origen y es el principio de este estudio sobre el tema tan traído y llevado del divorcio que para unos es vital y para otros es un simple contrato; señala el autor que es una institución con una historia efímera, lo cual no sabemos ni se nos dice si es bueno o malo, pero a parte de ello se hace especial mención de normas como la Constitución de 1869, Ley de Matrimonio Civil de 1870 y el artículo 52 del

Código civil, denotando especialmente que el legislador cuando lo hace sobre el matrimonio lo hace de un modo tan general y universal que legisla para todo el orbe. Apreciación ésta a nuestro modo de ver un tanto simplista y como todo lo que se reduce a categorías mínimas, carente de la total verdad.

El criterio tradicional, afirma el profesor, se rompe con la Ley de 1932, donde especialmente se da paso a recoger, incluso dentro del territorio español, pero esta Ley tiene poca vigencia como es sabido, debido principalmente a la derogación de la misma, que vuelve a poner de manifiesto la indisolubilidad del vínculo matrimonial que pasa a ser recogido por el Fuero de los Españoles en su artículo 22, 1.º, y el mismo Concordato de 27 de agosto de 1953.

Pero en los tiempos modernos, especialmente cuando este trabajo del autor vio la luz, parece adivinarse en lontananza la quiebra de este principio que hará desaparecer el carácter de orden público a la disolución del vínculo matrimonial en vida de ambos cónyuges, confirmando así lo certero de que la excepción de orden público es función del lugar y de la época. España entrará así en el bloque divorcista abandonando el pequeño club de los antidivorcistas.

Se efectúa más adelante un estudio de los principios de Derecho internacional privado comparado dentro de esta misma tesitura de carácter divorcista para dar paso al examen del Código exterior en los Proyectos de Ley de divorcio con una enumeración de los diferentes proyectos presentados por los partidos políticos en torno a las excepciones para dar cumplimiento en España a las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros que van desde la mayor amplitud, a lo que el autor denomina proyecto de Villavicencio, que deja a salvo dos excepciones como son la de fraude y la Ley de Orden Público.

Los últimos apartados se refieren a temas como la ley aplicable a casos conexos, sentencia extranjera como causa de divorcio, y disolución del vínculo y clase o forma del matrimonio. Un último apartado dedicado al reconocimiento de sentencias extranjeras de divorcio precede al epílogo de este trabajo, que se cierra con la opinión del autor en torno al tema.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: «Cotejo con la escuela histórica de Savigny». R. J. C., 1979, julio-septiembre, pág. 586.

El trabajo de Juan Vallet quiere ser una especie de homenaje a un jurista hacia el cual mantiene el mundo jurídico una imprescriptible deuda de gratitud.

No es sólo con este estudio con el que Vallet rinde homenaje a un autor como Savigny, sino también con otros trabajos más que sobre este mismo tema se publican en esta misma revista y de la cual únicamente reseñamos el primero de los mismos.

Esta presente monografía que tal es su verdadera denominación se compone de cinco grandes apartados destinados respectivamente a una visión panorámica con la escuela catalana moderna, al examen del Derecho catalán

con el derecho natural y la escuela jurídica catalana, el examen del derecho popular y la costumbre en el Derecho de Cataluña, el Derecho romano y las opiniones de los autores catalanes y la modificación del Derecho y la Codificación.

En el primer punto arranca de una visión histórica de la postura de Savigny desde su época de rector de la Universidad de Berlín, señalando que en la región catalana la primera mención a Savigny se debe al que fue profesor de la Universidad de Barcelona, don Ignacio Samponts y Barba, pero se cree que los introductores del mismo en dicha región fueron Permanyer y Tuyet, Reynals y Rabassa y Durán y Bas. Para estos autores la escuela histórica no fue una doctrina exterior, sino algo que nacía de las más hondas raíces de su alma, algo sentido aún antes de formularlo y sistematizarlo.

La parte segunda tiene una gran relieve porque Vallet ensalza la figura del Obispo Torras y Bages y al mismo tiempo recoge las opiniones y posturas en torno al derecho natural de autores como Planas y Espalter y Pla y Deniel.

El derecho popular es sinónimo de algo especial, sentimental y sublime, en resumidas cuentas algo granítico que se forma a través de la familia y de la historia, contra el que nada pueden, han podido ni podrán los legisladores advenedizos ni las corrientes modernistas que pasan pronto, frente a los principios monolíticos e inmutables.

En el apartado referente al Derecho romano destaca con inusitada importancia la figura señera de Martí Miralles y la de Catá de Torres.

Finalmente, en esta primera parte, se da fin a este estudio señalando la figura más importante del Derecho catalán en nuestros días, que es la de don Ramón María Roca Sastre, jurista insigne, maestro ejemplar, trabajador infatigable y hombre ejemplar en todos los aspectos de la vida jurídica.

VICENT CHULIA, Francisco: «El accidentado desarrollo de nuestra legislación cooperativa». R. J. C., 1979, octubre-diciembre, pág. 869.

Tres grandes apartados componen el contenido total de esta investigación, materia en la que el autor ya lleva publicados unos cuantos estudios.

El primero de ellos se refiere a la aportación universitaria española a la materia y al tema de las cooperativas y a los estudios jurídicos cooperativos. La colaboración entre universidad y sociedad se impone en éste como en otros campos; si bien en España no alcanza la estrecha colaboración que se da y vislumbra en otros países, especialmente los europeos. Señala unos cuantos cursos orientados desde el plano meramente universitario y en sentido contra la creación de otra serie de casos que se refieren a la existencia de organismos que colaboran en el desarrollo de la problemática y de las soluciones en el ámbito cooperativo.

En este mismo apartado señala las aportaciones de los mercantilistas españoles al tema de las cooperativas, especialmente los estudios del profesor Polo.

La parte segunda del trabajo se dedica a examinar la ocasión legislativa del Estado sobre las cooperativas. Dentro de él se estudian los aspectos del fenómeno cooperativo, tanto en el aspecto socioeconómico como en otros, tales como el doctrinal, el ideológico, así como los planes legal y jurídico.

Más adelante se detiene especialmente en una serie de cuestiones que se afrontan desde el punto de vista de los problemas actuales de la legislación cooperativa, como la necesidad de una legislación general cooperativa, así como de dotar al cooperativismo de una legislación autónoma.

El apartado tercero se dedica a examinar la coyuntura actual de la legislación cooperativa española. Así apunta una visión diacrónica y otra sin crónica de la materia, la regulación del cooperativismo en la Constitución española de 1978, su valoración por esta primera norma, la competencia legislativa en materia de cooperativas, las características o notas que debe tener una futura legislación sobre cooperativas, etc.

Al final de su trabajo se detiene en el examen actual de la cuestión, haciendo especial mención de que los juristas y los estudios parlamentarios que se están llevando a cabo tienen por objeto trasvasar las competencias en esta materia a las comunidades autónomas, si bien con una ley de tipo general que con unos doce artículos fuera el marco general donde tendrían cabida los principios generales, sin que ello, a juicio del autor, fuere la mejor solución.

CLAVE DE ABREVIATURAS

- ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).
 AD = Anuario de Derecho (Panamá).
 AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.
 AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).
 AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).
 AUM = Anales de la Universidad de Murcia.
 BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.
 BCD = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).
 BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).
 BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.
 BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.
 BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).
 BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.
 BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.
 CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).
 CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).

- CLJ = The Cambridge Law Journal.
 CLQ = Cornell Quartely (Ithaca, Nueva York).
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).
 ED = Estudios de Derecho (Antioquía).
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlichen Rech. Zeinschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
 F = El Foro (Méjico).
 EG = Foro Gallego (La Coruña).
 FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
 IC (ICLQ) = The Internacional and Comparative Law Quarterly (Londres).
 IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
 IJ = Información Jurídica (Madrid).
 IM = Ius (Milán).
 IR = Iustitia (Roma).
 JF = Journal do Foro (Lisboa).
 L = La Ley (Buenos Aires).
 LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
 LRN = La Revue du Notariat (Québec).
 MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
 MLR = The Modern Law Review (Londres).
 NC = The North Carolina Law Review.
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).
 NR = Nuestra Revista (Madrid).
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
 OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
 P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
 PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
 RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
 RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
 RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
 RCD = Revista Cubana de Derecho (Habana).
 RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
 RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
 RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
 RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
 RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
 RDC = Revista del Diritto Commerciali e del Diritto Generali Delle Obligazioni (Milán).
 RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
 RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
 RDES = Revista de Dereito e de Estudos Sociais (Coimbra).
 RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
 RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
 RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
 RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
 RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).

- RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
RFDSP = Revista de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts, vergleichung und interzonale Rechtsprobleme (Berlín).
RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
RS = Rivista delle Società (Milán).
RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (París).
RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).
RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).
RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).
RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).
T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
ZRV = Zeitschrift für Vérgleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

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

DEREHO HIPOTECARIO

Opción de compra: no es inscribible la escritura en que se constituye este derecho como real cuando se pacta que el optante ejercerá su derecho de adquisición mediante el otorgamiento de la escritura pública correspondiente, y si a ella no concurriere el propietario de las fincas bastará para la inscripción de la misma acreditar mediante certificación bancaria el depósito del precio establecido en favor de los propietarios registrales en el momento de ejercer la opción.

Tampoco es inscribible el pacto según el cual los demás derechos posteriores al de opción e inscritos en el Registro quedarán resueltos automáticamente, como consecuencia del ejercicio del derecho de opción sin necesidad de que concurren sus titulares, y podrán cancelarse sin otro requisito.

Igualmente no es inscribible el pacto que autoriza al optante para ejercer su derecho sobre varias fincas, sobre alguna de ellas o sobre parcelas de las mismas, sin expresar la superficie de éstas. (Resolución de 7 de diciembre de 1978; «Boletín Oficial del Estado» de 19 de enero de 1979.)

Hechos.—Mediante escritura pública autorizada en Mahón por el Notario don José María Domingo Arizón el 24 de febrero de 1975, don Juan Vidal Bendito y otros dieron en arrendamiento con opción de compra a don Joaquín Camp Moral tres fincas rústicas situadas en el término de San Luis e inscritas en el Registro de la Propiedad con los números 1.364, 2.883 y 2.886, respectivamente. Dicha escritura contiene entre otras las siguientes cláusulas:

«Cuarta.— Don Juan Vidal Bendito constituye por este acto en favor de don Joaquín Camp Moral, que lo acepta, un derecho real de opción de compra sobre las fincas arrendadas, que se podrá ejercitar mientras duren los arriendos antes pactados.

Este derecho de opción podrá ser ejercitado sobre la totalidad de las fincas, sobre alguna de ellas o sobre parcelas de las mismas, pero no sobre cuotas indivisas, y ello en una o varias veces y durante toda la duración de los arriendos antes pactados, cualesquiera que sean las personas en cuyo poder o dominio se encuentren las fincas. Al hacerlo quedarán extinguidos todos los derechos y actos de disposición posteriores a la inscripción de los derechos que aquí se constituye. El ejercicio parcial del derecho de opción supondrá la subsistencia del arriendo y del derecho de opción sobre la parte restante.

El precio que pagará el optante a los propietarios por lo que adquiera será de 40 pesetas por metro cuadrado.

Quinta.—La decisión de adquirir las fincas o parcelas de las mismas por el precio establecido queda totalmente al arbitrio del optante, quien ejercerá su derecho mediante el otorgamiento de la oportuna escritura pública, en la que, en caso de opción parcial, practicará la pertinente segregación de la parcela o parcelas que adquiera y procurará que la descripción de ésta o éstas, además de los imprescindibles requisitos hipotecarios, contenga aquellos datos que puedan impedir cualquier duda o discusión sobre la ubicación de la misma, preferiblemente con referencia a plano incorporado a la escritura.

En todo caso, al ejercitar el derecho de opción, se respetarán por el optante las limitaciones que resulten del correspondiente plan de ordenación de la zona que en su caso fuere aprobado y desde el momento en que lo fuere por las autoridades administrativas competentes.

En caso de opción parcial podrá el optante al ejercitar su derecho segregar la totalidad de lo adquirido, bien como una sola finca, bien como varias.

Si el propietario no hubiere concurrido al otorgamiento de la escritura, para la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad será suficiente que a la copia auténtica de la misma se acompañe certificación expedida por la Dirección de la sucursal en Mahón del Banco de Bilbao, cuya firma esté legitimada por Notario, en la que se acredite que se ha depositado en dicha sucursal, en favor del propietario o propietarios de la finca según el Registro de la Propiedad en el momento del ejercicio de la opción, el precio que corresponda a la finca adquirida.

Los demás derechos, de cualquier clase que sean, posteriores al derecho del optante en cuanto afecten a lo adquirido, quedarán resueltos automáticamente sin necesidad de que concurran sus titulares, y si estuviesen inscritos en el Registro, se cancelarán sin otro requisito».

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

«Examinando el precedente documento se advierte:

Primero.—No se admite pueda otorgarse la escritura pública de ejercicio de la opción unilateralmente por el optante, es decir, con su sola intervención (como establece la cláusula 5 del documento).

Segundo.—La extinción de los derechos de los subadquirentes, titulares del dominio o derechos reales sobre las fincas posteriores a la inscripción del derecho de opción, pactada en las cláusulas cuarta y quinta, y su cancelación automática vulneran lo establecido en los artículos 82 y 83 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento.

Tercero.—La posibilidad de que el optante, según las cláusulas cuarta y quinta de la escritura, pueda ejercitar su derecho sobre parcelas de la finca, de cualquier superficie, pugna con el principio de especialidad base del sistema hipotecario, por lo que tampoco puede tener acceso al Registro tal facultad.

Y considerando insubsanables los anteriores defectos, deniego la inscripción de los pactos referidos, y no aviniéndose el presentante a inscribir el resto del documento, conforme al artículo 434 del Reglamento, no procede practicar operación alguna.»

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, alegando que en cuanto al primer defecto, ha de tenerse en cuenta que el ejercicio del derecho de opción establecido sin intervención del propietario de la finca gravada es una consecuencia ineludible del carácter real que tiene este derecho nacido del contrato, cuya finalidad es transformarse en un derecho distinto, el de dominio en este caso, o a extinguirse por caducidad; que para lo primero se requiere el cumplimiento de un requisito posterior que es la determinación de la voluntad del optante, voluntad por completo libre, pero que ha de manifestarse formalmente, siendo innecesaria la intervención posterior del propietario; que en cuanto al segundo defecto cabe decir que la cancelación de los derechos de los subadquirentes es una consecuencia lógica de su extinción, y que si bien la exigencia del consentimiento de su titular registral (artículo 82 de la Ley Hipotecaria) o la presentación de un mandamiento judicial (artículo 83) constituyen la norma general cuando se trata de cancelar directamente un asiento, no es así cuando la cancelación sobreviene como consecuencia de la extinción de otro derecho distinto del que se publique en el asiento que se trata de cancelar; que según el artículo 79, 2.º, de la Ley Hipotecaria, si se extingue un derecho o se cancela su inscripción, y si esta cancelación supone otras cancelaciones no hay necesidad de nuevo título en que apoyarse, y en este sentido cabe recordar la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado a propósito de la constancia en el Registro del cumplimiento de las condiciones de los documentos que para ello son necesarios, y en términos más amplios la doctrina de este mismo Centro sobre cancelación automática, que en este sentido se resuelve en la práctica corriente la cancelación de las enajenaciones hechas por los usufructuarios, reservistas y fiduciarios del derecho del nudo propietario sujeto a un usufructo con facultad de disponer y de todos los derechos de sus subadquirentes; que en cuanto al defecto tercero puede alegarse que no hay infracción alguna del principio de especialidad y menos todavía de los preceptos legales que lo fundamentan, y que negar la posibilidad de que sea concedida al optante la facultad de segregar para adquirir parcialmente sería negar la posibilidad de que el mismo propietario pudiera segregar y vencer diciendo que esta posibilidad al afectar a parte indeterminada de la finca infringe el principio de especialidad; que si el propietario puede hacerlo por sí mismo, no hay inconveniente que transmita esta facultad a un tercero.

El Registrador informó que el Código civil carece de normas propias sobre el contrato de opción, por lo que ha de acudir a la doctrina del Tribunal Supremo para su definición, la cual configura la opción como un contrato preparatorio unilateral, distinguiendo claramente la Sentencia de 17 de diciembre de 1966 el momento en que se consuma el contrato de opción de aquel en que se perfecciona el contrato de compraventa; que hoy día es muy seguida por la doctrina la teoría de que por la opción el con-

trato de compraventa se modaliza retardando su efecto, siendo irrevocable y vinculante la voluntad del vendedor y potestativa la voluntad del comprador, sin que sea necesario celebrar nuevo contrato de compraventa, pero para producir pleno efecto se necesita el complemento de la tradición, de la entrega de la cosa por el propietario (arts. 609 y 1.095 del Código civil); que sea la que sea la configuración jurídica del contrato de opción, siempre será el propietario quien tendrá que otorgar la escritura definitiva para consumir el contrato principal o para entregar la cosa, no pudiendo nunca el optante por sí solo otorgar unilateralmente esta escritura; que no es posible la cancelación automática de los derechos de los subadquirentes posteriores a la opción; que la distinción entre la opción constituida como derecho real y el contrato de opción inscribible conforme al artículo 14 del Reglamento sólo tiene trascendencia a efectos de determinar los requisitos de la inscripción, ya que el derecho real se inscribe sin más, sin los requisitos del artículo 14 del Reglamento Hipotecario; que en todo caso, el derecho de opción de compra inscrito actuará contra todo propietario del inmueble afectado, que estará siempre obligado a hacer el acto de transferencia, y que por todo ello el ejercicio del derecho de opción no resuelve automáticamente todos los actos posteriores inscritos, sino que el último adquirente tiene la obligación de hacer el acto de transferencia, y por eso, tratándose de inscripciones de subadquirentes, su cancelación exige su intervención o la supletoria judicial en su caso; que la finca es el soporte de los derechos reales, y el principio de especialidad recogido entre otros por los artículos 7 y 243 de la Ley Hipotecaria impide que el optante pueda ejercitar su derecho sobre parcelas no inscritas que puedan constituirse aun cuando se determine su superficie en metros cuadrados, siendo reiterada la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros que prescribe que los derechos reales recaigan siempre sobre la finca como una unidad.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador en cuanto deniega la inscripción por el motivo primero, pero sólo en cuanto para inscribir en su día la adquisición por compra de todas las fincas, de algunas de ellas o de porciones determinadas de las mismas y para el caso de que fuera el propio optante el único otorgante de la escritura especificadora correspondiente, sea suficiente con que acompañe a ella la certificación expedida por la Dirección de la sucursal en Mahón del Banco de Bilbao que está prevista en la cláusula quinta de la escritura, y revocó dicha nota denegatoria, en cuanto a los demás motivos que en la misma se consignan.

Interpuesto recurso de apelación contra el auto presidencial por el Notario y el Registrador, la Dirección General revoca parcialmente el auto apelado y acuerda:

1. Confirmar el primer defecto de la nota sólo en cuanto a que en la cláusula discutida no se previene el ser necesario acreditar la previa constitución del depósito bancario previsto cuando se otorgue la escritura unilateral de consumación de la opción, o al menos, el requerimiento del Notario para que realice el depósito bancario entregándole la cantidad pertinente.

2. Confirmar los defectos segundo y tercero de la referida nota.

Doctrina.—«Que la primera cuestión que plantea este recurso consiste en resolver si puede pactarse con ocasión de conceder un derecho de opción de compra, que la escritura pública de ejercicio de la opción de compra puede otorgarse unilateralmente por el optante, es decir, con su sola intervención, y si ese pacto puede tener acceso al Registro de la Propiedad o si por el contrario dicho pacto no es válido, aun vigente el principio de autonomía privada, o si, aun siendo válido, no es inscribible en el Registro de la Propiedad.»

«Que el contrato de opción, al no encontrarse regulado en el Código civil, ha tenido que ser configurado por la doctrina y la jurisprudencia al amparo de las disposiciones generales sobre obligaciones y contratos, y así se ha precisado su carácter consensual y casi siempre unilateral, y en el que la consumación depende exclusivamente de la decisión del optante, que si se realiza dentro del plazo concedido obliga al propietario al cumplimiento de lo pactado, y que si el objeto sobre el que recae es un inmueble; podrá en base al artículo 14 del Reglamento Hipotecario, y con los condicionamientos que este artículo señala, inscribirse en el Registro de la Propiedad y afectar a los terceros.»

«Que igualmente ha venido la jurisprudencia del Tribunal Supremo perfilando la naturaleza de este contrato de opción, y aunque pueda presentar este derecho variantes y matices según la forma en que lo hayan configurado las partes, dado el principio de autonomía de voluntad que rige toda esta materia, cabe señalar una evolución en el criterio de nuestro más alto Tribunal, desde el más restringido de las Sentencias de 23 de marzo de 1945 y 4 de diciembre de 1953, que lo consideran como una modalidad de la promesa unilateral en el que no cabe, caso de no querer concluirlo el principal, más que la indemnización de daños, al más amplio de las de 10 de julio de 1946, 7 de febrero de 1966 y 28 de junio de 1974, que lo configuran como un contrato en que es incuestionable la decidida voluntad de las partes de celebrar una auténtica compraventa, y en la que el incumplimiento no da lugar simplemente a la indemnización de daños y perjuicios, sino que faculta a la otra parte para exigir el cumplimiento no sólo de la promesa, sino del contrato definitivo.»

«Que la tendencia jurisprudencial últimamente reseñada acoge aquella concepción mayoritaria de la doctrina que en base a las necesidades prácticas del tráfico negocial entiende que al perfeccionarse el contrato de opción queda ya prestada la declaración negocial suficiente para que se produzca el efecto jurídico perseguido como eventualmente definitivo por las partes, de modo que no es necesaria una nueva declaración para que el camino negocial desemboque en el resultado final, si así lo decide quien está facultado para ello, aunque sea mediante declaración unilateral, y todo esto puede convenirse por los contratantes al amparo del artículo 1.225 del Código civil, así como atribuir al contrato de opción una energía o fuerza menor, lo que no ha sucedido en el presente caso, dado los términos en que aparece transcrita la cláusula discutida.»

«Que, por tanto, en principio, y si no existen obstáculos de otra índole, puede afirmarse que desde un punto de vista instrumental, y siempre que el dueño lo haya consentido al pactarse el contrato preliminar (como sucede

en este recurso), el título definitivo del adquirente en virtud de una opción de compra consumada por su declaración unilateral ha quedado integrado por la escritura de contrato de opción (otorgada, como es obvio, por ambas partes), y por la escritura de ejercicio de opción (otorgada unilateralmente por el adquirente), ya que una vez autorizadas ambas, el valor traídorio de la escritura y lo convenido por las partes produce la tradición adecuada para investir el dominio al adquirente.»

«Que no obstante y dado que el optante al decidir la opción, y como consecuencia del entramado de las recíprocas relaciones derivadas de una opción de compra en trance de consumación, ha de haber cumplido las obligaciones que le atañen, lo que hace necesario que en el momento de otorgar la escritura en que conste su decisión de ejercitar la opción y consumir la prevista adquisición ante el fedatario público la previa constitución del adecuado depósito o al menos requerir al Notario autorizante para su constitución, mediante la entrega a tal efecto de la convenida contraprestación (o precio) a su cargo, y esta importante circunstancia (aunque prevista en la cláusula debatida, que contiene la obligación de depositar el precio de una Entidad bancaria) no aparece configurada en la forma antes indicada, al establecerse que se hará con posterioridad a la consumación del contrato de opción.»

«Que respecto de la pactada extinción de los derechos posteriores y la cancelación de las inscripciones correspondientes, al permitir el artículo 14 del Reglamento Hipotecario la inscripción del derecho de opción, siempre que reúna las circunstancias que el propio artículo señala, los efectos protectores de la legislación inmobiliaria se extienden al titular del asiento que hizo constar la opción a su favor y entre ellos el derivado de la publicidad registral, al servir de aviso a terceros de su posible ejercicio, con la inevitable consecuencia de afectar a los titulares de adquisiciones y gravámenes que inscribieran su derecho con posterioridad al del optante, los cuales resultarán extinguidos, caso de que se consume la opción.»

«Que la cancelación de estos derechos reales posteriores que han quedado ineficaces no ha sido abordada en materia de opción por nuestro legislador, lo que obliga a examinar el procedimiento adecuado para verificarlo, que habrá de tener en cuenta todos los intereses en juego, y así para otros supuestos de la Ley Hipotecaria, en el artículo 107, 7.º, y el Reglamento para su ejecución, en el artículo 175, regla 6.ª, exigen para que pueda practicarse la cancelación automática, cuando se hubiesen constituido derechos reales sobre bienes sujetos a condición resolutoria, que se acredite la consignación en un establecimiento extrajudicial sumario, y de acuerdo con su significado liquidatorio, que el sobrante después de pagado el crédito y los gastos del procedimiento se depositará a disposición de los titulares de derechos reales posteriores en un establecimiento público destinado al efecto.»

«Que examinando la cláusula discutida se observa que (aunque inspirada en la norma que establece la regla 6.ª del artículo 175 del Reglamento Hipotecario) contiene un pacto que afecta en forma directa a los titulares de derechos posteriores inscritos y sin establecer ninguna garantía a favor de los mismos, que verán cancelado su asiento, no ya sin su concurso, sino

que ni siquiera pueden contar con el depósito a su disposición del precio del inmueble para la satisfacción de sus respectivos créditos o derechos, y en la que problemas importantes y delicados que puedan surgir entre las partes quedarían resueltos por la voluntad unilateral del favorecido por la opción, y en la que faltan las garantías, que en los procedimientos judiciales sumario o extrajudicial de ejecución hipotecaria (notificaciones, intervención de los terceros afectados, etc.) existen por la intervención de un funcionario (Juez o Notario) que regula la debida aplicación de las normas jurídicas.»

«Que en cuanto al tercer defecto ha de recordarse cómo una de las mayores preocupaciones del legislador desde la primitiva Ley Hipotecaria de 1861 ha sido la de que los asientos registrales aparezcan con toda la nitidez y claridad necesarias para que los terceros puedan conocer en todo momento la situación registral del inmueble, y fruto de este principio general son los numerosos preceptos que en este aspecto ofrece esta legislación, entre los que cabe destacar a efectos de este recurso la necesidad de que quede claramente determinada la extensión del derecho que se pretende inscribir (art. 9, 2.º, de la Ley y 51, 6.º, de su Reglamento), y al establecerse en la escritura calificada, y mientras dure el periodo de vigencia de la opción, una facultad de segregación a favor del concesionario tan indeterminada en cuanto a su objeto, que de acceder a los libros registrales, no permitiría conocer a los terceros los inmuebles o parte de ellos sobre los que puede ejercitar el derecho el optante, es indudable que se atenta a lo ordenado en los mencionados preceptos legales, así como a la claridad que debe presidir la publicidad registral, y al superior principio de libertad de tráfico, por lo que en consecuencia no puede hacerse constar en el Registro.»

CONSIDERACIONES CRITICAS

La presente Resolución da una salida al problema que plantean unas cláusulas del contrato de arrendamiento con opción de compra donde notarialmente se estructura la opción con unas singularidades que dan lugar al planteamiento del tema cuestionado. El problema afecta a la configuración del derecho de opción, al principio de especialidad y al sistema de purga de los derechos posteriores constituidos después de la opción. Aunque la solución que se da al supuesto es híbrida, como veremos, lo que sí es de alabar es el esfuerzo que en los seis primeros considerandos hace la Dirección General para precisar las líneas estructurales del derecho de opción. De todas formas y antes de introducirnos en el comentario específico de cada uno de los puntos que se afrontan, se me antoja pensar que la solución que se da no encaja mucho dentro de los derechos de garantía que, a fin de cuentas, es lo que viene a ser la opción. El deudor hipotecario al constituir, incluso unilateralmente, la garantía en cumplimiento de una obligación parece que ya ha prestado el consentimiento anticipado para el otorgamiento de la escritura de adjudicación si el acreedor tiene que ejercitar la acción real sobre el bien hipotecado. Bueno, me estoy refiriendo, por supuesto, al ejercicio de la acción hipotecaria a través del procedimien-

to extrajudicial regulado en los artículos 234 y siguientes del Reglamento Hipotecario y previsto en el 129 de la Ley Hipotecaria. Es decir, parece que aquí se admite, por otros caminos jurídicos, por supuesto, que el concedente de la opción designó un mandatario para el caso de que el optante ejercite la opción y que ese mandatario puede ser el mismo optante. ¿Sería más fácil esta construcción? Veamos las diferentes posturas doctrinales, la construcción doctrinal de la Dirección y las razonadas sugerencias que hacen Notario y Registrador sobre el caso:

a) *Ejercicio unilateral de opción*

Las dos posiciones mantenidas por los dos extremos del que promueve el recurso y el que defiende la nota calificadora, son coincidentes en un punto, pero se separan diametralmente en el resto. Parece que Notario y Registrador entiende que en el contrato de opción no hay más que un contrato preparatorio unilateral, que no exige otro posterior, siendo vinculante e irrevocable la voluntad del vendedor y potestativa la del comprador, todo conforme a la Sentencia de 17 de diciembre de 1966. En lo que uno y otro discrepan es en que el Notario sostiene que en el ejercicio del derecho de opción no es precisa la intervención del concedente, ya que ello es una consecuencia del carácter real que tiene el derecho cuya finalidad es la de transformarse en dominio o extinguirse por caducidad. El Registrador entiende que en todo caso es necesaria la tradición de la cosa y el otorgamiento de la escritura definitiva para consumar el contrato principal.

La Dirección General, con auténtica maestría y prudencia en este caso, apoyándose en las sucesivas sentencias del Tribunal Supremo (23 de marzo de 1945, 4 de diciembre de 1953, hasta las de 10 de julio de 1946, 7 de febrero de 1966 y 28 de junio de 1974) ve en el contrato de opción la decidida voluntad de las partes de celebrar una auténtica compraventa y en la que el incumplimiento no da lugar a una indemnización de perjuicios, sino que faculta a la otra parte para exigir el cumplimiento no sólo de la promesa, sino del contrato definitivo y que en base de necesidades prácticas del tráfico negocial entiende que al perfeccionarse el contrato de opción queda ya prestada la declaración negocial suficiente para que se produzca el efecto jurídico perseguido. Por todo ello, el título definitivo para poder hacer efectivo el contrato de opción y su consecuencia está formado por «la escritura del contrato de opción» y «por la escritura de ejercicio de opción», cumpliéndose con ello la tradición adecuada para investir de dominio al adquirente.

No cabe duda que siguiendo la opinión de De Castro («La promesa de contrato». A. D. C. 1950, pág. 1163 y ss.), quien estima que la esencia del precontrato o promesa de contrato radica en la concesión a una de las partes de la facultad de determinar, mediante una voluntad unilateral, la vigencia inmediata de un contrato previamente determinado en su contenido, debemos entender correcta la solución que al caso se da por la Dirección General. No otra cosa parece dar a entender el comentarista de esta Resolución en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (noviembre-diciembre, 1980, número 451, págs. 1501 y ss.) Manuel Amorós Guardiola,

quien dice: «En consecuencia, parece clara la posibilidad del ejercicio unilateral de la opción por parte del optante, sin necesidad de la voluntad concurrente de la otra parte concedente (vendedor)».

Aun calificando al contrato de opción como precontrato o promesa de contrato, o contrato preliminar parece deducirse de la doctrina emanada del Tribunal Supremo que lo que éste pretende es dar efectividad a la promesa de contrato eliminando la posible indemnización de daños y perjuicios y vitalizando dicha promesa mediante la concesión de la facultad de exigir el cumplimiento del contrato definitivo aun en contra de la voluntad del promitente. Las sentencias que se citan suponen siempre el hecho de que el concedente no ha accedido al otorgamiento de la escritura de venta y judicialmente se le condena a ello, sin que con ello pueda verse que el Juez sustituye el consentimiento de las partes, sino que lo único que realiza es ordenar la ejecución de un contrato ya perfecto. Todo ello lleva consigo un hecho clave: y es que no basta la voluntad unilateral de la opción para entender realizado el contrato, sino que es preciso acudir al Juez para que este ordene la ejecución. Sirvan de ejemplo las Sentencias de 10 de julio de 1964, 1 de julio de 1950 y 28 de junio de 1974.

Pero no creo que el contrato de opción de compra sea o puede entrar «definitivamente» dentro de los de promesa de contrato o precontrato, pues podría muy bien ser configurado como un contrato creador de un derecho real de garantía que faculta al optante a hacerse dueño de la cosa en caso de incumplir el concedente la obligación subyacente que se asegura. Con ello se llega a rozar la prohibición del artículo 1.859 del Código civil («El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca para pagar al acreedor») y a tener que volver a la construcción de la promesa o del precontrato y justificar de esta forma el incumplimiento del 1.859 del C. c. ¿Envuelve la decisión unilateral propugnada para la opción un comiso de la finca ofrecida en venta? Hay que tener en cuenta que el resultado del pacto comisorio se logra indirectamente por el mecanismo de la acción real y la participación en la subasta del acreedor hipotecario. Lo que sucede es que la subasta obliga a pagar un precio destinado a solventar la deuda y no supone el cambio de deuda por cosa, que era lo leonino del pacto de comiso. En la opción, determinada unilateralmente, no hay más que un cambio del dominio de una cosa por una cantidad que el optante de ha entregar, aparte de la que ya pudo haber entregado antes (el exceso entre lo prestado y el valor que se haya dado a la cosa). Esta especie de especulación constructiva puede tenerse en cuenta a la hora de las decisiones en torno a la naturaleza de la opción que manejada con cierta habilidad puede lograr finalidades más trascendentes que las que le ofrecen el contrato de promesa y la promesa de opción.

El contrato de opción considerado como perfecto en la determinación de elementos y circunstancias y pendiente sólo de la realización unilateral del optante, aunque no exija un nuevo consentimiento, si precisa dos requisitos que inexorablemente han de cumplirse: la entrega de la cosa y el pago de la cantidad estipulada. Ambos elementos nos van a dar la pauta para rechazar toda la doctrina mantenida por la Dirección General en su aceptación de la voluntad unilateral:

— Es evidente que para consumir la venta que el contrato de opción lleva consigo, es necesario que la cosa objeto del contrato se entregue por el vendedor al comprador. Es decir, estamos ante la figura de la tradición o entrega que como requisito fundamental establece el artículo 609 del Código civil y que facilita en forma extraordinaria el artículo 1.462 con su tradición instrumental. Puede ser cierto que no se precise un nuevo consentimiento, pero sí es necesaria la colaboración del vendedor para la entrega de la cosa vendida, pues no hay que olvidar que el 1.463 del C. c., que podría tener una aplicación a este caso, cuando dice que el comprador tenga la cosa en su poder por cualquier otra causa, no resulta aplicable al supuesto, ya que se está refiriendo a los bienes muebles y partimos de la base que el arrendamiento, con su uso y disfrute, no es de esta clase de bienes.

¿Puede el consentimiento abarcar también la entrega de la cosa o sería preciso que en la escritura de opción se prevea esta forma de realización del contrato? Tal y como está redactado el artículo 1.462 del C. c. y tal como entiende la Dirección General de los Registros y del Notariado el título inscribible: escritura del contrato de opción junto con la del ejercicio de la opción, la solución es clara, pues basta esta titulación para tener por cumplida la tradición. Así lo entiende también Amorós Guardiola en el comentario antes citado. Pero yo entiendo que no es así, pues una cosa es la prestación del consentimiento, que no es preciso repetirlo, y otra la formalización de un documento que cristalice la entrega de la cosa. El entender que la escritura unilateral del optante supone, por virtud del 1.462 del C. c., la equivalencia de entregar es dejar en manos del mismo la realización de la misma, es decir, la toma de posesión unilateral o entender que la cosa estaba ya en su poder por virtud del contrato de opción.

A mi entender aquí hay una laguna en la redacción de la cláusula que ahora trata de salvarse acudiendo al eufemismo de la escritura unilateral y la prueba de ello es que a fuerza de incluir en la cláusula casos y situaciones, facultades y garantías, resulta que a la hora de practicar una segregación ésta no se admite, pues aunque el optante al ejercitar el derecho de opción ya debe presumirse como poseedor, necesita el concurso del vendedor y titular registral. No, aquí hay algo que falla y el fallo está en que no se ha previsto en la cláusula esta entrega que muy bien pudiera tener el cauce de la norma que antes habíamos apuntado para el procedimiento extrajudicial: que el vendedor confiera mandato expreso al optante para que en su nombre otorgue la escritura a los efectos de que la misma equivalga a la entrega de la cosa.

— Toda la gran teoría desplegada por la Dirección General de los Registros al tratar de configurar el ejercicio del derecho de opción como un acto unilateral plasmado en una escritura pública sin necesidad del concurso del concedente del derecho, se viene abajo en el caso planteado al contemplar la otra obligación del pago del precio. Resulta sumamente curioso cómo el Notario prevé la falta de concurrencia del propietario para el otorgamiento de la escritura de opción de compra, sin arbitrar un medio para el logro de la tradición, pero sí prevé la forma de pago:

justificación del depósito en sucursal bancaria a favor del propietario. Este desequilibrio solamente puede justificarse acudiendo a esa construcción doctrinal de presuponer la entrega, sin que ello tenga correspondencia con la posible presunción de pago a través de la declaración del optante de que ha realizado el mismo. Creo que en ese desequilibrio provocado de la teórica igualdad de prestaciones es donde reside el gran fallo de toda esta construcción.

El entramado que la bilateralidad del contrato ofrece exige una mayor seriedad de trato y si bien la entrega se puede solucionar mediante el otorgamiento de un mandato, el mismo puede quedar condicionado a la justificación de la constitución del depósito bancario antes del otorgamiento de la escritura. Lo que sucede es que la cláusula notarial estaba deficientemente redactada y pecaba de impresica, aunque quizá tuviera la pretensión de novedosa. Por ello, la Dirección General, aun admitiendo esa dudosa teoría del otorgamiento unilateral de la escritura arremete a fondo y dice: «lo que hace necesario que en el momento de otorgar la escritura en que conste su decisión de ejercitar la opción y consumir la prevista adquisición acredite ante el fedatario público la previa constitución del adecuado depósito o al menos requerir al Notario autorizante para su constitución, mediante la entrega a tal efecto de la convenida contraprestación (o precio) a su cargo y esta circunstancia no aparece configurada en la forma antes indicada, al establecerse que se hará con posterioridad a la consumación del contrato de opción».

La decisión de la Dirección General no puede ser más respetuosa con el carácter bilateral del contrato de compraventa, con el equilibrio de las prestaciones y con el principio sinalagmático que preside la contratación bilateral. El pago debe hacerse antes o simultáneamente y de ahí que la interpretación que se da a la cláusula no permite entenderla como válida, debiendo rechazarse su inscripción.

b) *Extinción de los derechos posteriores*

Cuando Roca Sastre («Derecho Hipotecario». Séptima Edición, Tomo III, página 568 y ss.) enfoca el problema de los efectos de la opción actuante respecto de los derechos reales, cargas o gravámenes que se hubieran constituido e inscrito en la finca o derecho, con posterioridad a la inscripción del correspondiente derecho de opción de compra, dice que a pesar del silencio de la ley sobre este punto caben dos sistemas: el suizo de subsistencia de tales derechos, cargas o gravámenes con «deducción del valor de los mismos» y el sistema de liquidación de dichos derechos, cargas o gravámenes por entrañar su extinción el ejercicio del derecho de opción de compra, procediéndose a su cancelación de los asientos previo abono de su importe a cargo del precio de la compra a satisfacer el optante o definitivo comprador.

La posibilidad de que existan cargas, gravámenes y limitaciones sobre la finca en la que se concede la opción está en la línea de los principios que rigen el sistema. La opción no cierra el Registro ni a los actos traslativos del dominio ni a los constitutivos de gravámenes, pues si así fuera se

generaría una eficaz prohibición de disponer constituida en actos de carácter oneroso, violándose el principio del artículo 27 de la Ley Hipotecaria. Estos actos en nada parecen intorpecer el ejercicio del derecho de opción, pues por su constancia registral el mismo adquiere eficacia «erga omnes» y puede ejercitarse frente a cualquier adquirente sin que puedan afectarle las cargas o gravámenes posteriores, ya que la opción garantizaba al optante la adquisición de la finca o derecho «en la misma situación jurídica que tenía cuando se concedió». La prioridad ganada por la opción registralmente juega no sólo con la preferencia de rango, sino con la eficacia resolutoria que el ejercicio de dicho derecho lleva consigo. Si la opción inscrita sirve para algo es para eso, pues no se puede estipular un precio, jugando con el valor de una cosa, y luego disminuirlo a fuerza de creación de derechos o gravámenes que lo dejen totalmente disminuido.

En el fondo, las posiciones doctrinales de Notario y Registrador eran coincidentes: los dos estiman que el sistema lógico es la extinción de dichas cargas o gravámenes, discutiéndose únicamente si cabe la cancelación automática o se exige la intervención de los titulares. Y esa discusión la resuelve la Dirección General creando el «tertius genus» del depósito. Si cabe la cancelación automáticamente, pero si se justifica el previo depósito o consignación en un establecimiento o Caja oficial del importe que haya de ser devuelto en su caso. Cada vez la construcción se va acercando más al derecho de realización de valor y la misma Dirección invoca el procedimiento extrajudicial del artículo 235 del Reglamento Hipotecario para justificar ese depósito o consignación. Lo que pasa es que tanto en el procedimiento judicial sumario, como en el extrajudicial, existe una intervención judicial o notarial que decide el destino de dicho depósito y aquí la justificación del previo depósito abriría la vía de la cancelación sin mayores problemas. A todo ello hay que añadir que la solución, en el fondo, no hace más que poner restricciones al sistema publicitario del Registro, ya que lo lógico es que el ejercicio del derecho de opción opere como resolución de los derechos posteriormente inscritos sin más exigencias.

La cautela establecida por la Dirección General nos parece confusa y necesaria de una precisión, pues las valoraciones de los sucesivos derechos de garantía o gravamen que se establezcan pueden ofrecer ciertas dificultades, ya que no es lo mismo la constitución—a título gratuito—de una servidumbre, de un usufructo, uso o habitación, que la constitución de un derecho de realización de valor como puede ser la hipoteca. De otra parte, habría que estructurar si el depósito previo o el requerimiento notarial para el ejercicio del derecho de opción debe ser simultáneo a este otro, suplirse por el mismo y a nombre de quién o quiénes debe hacerse. Todo un complejo sistema lleno de oscuridades.

c) *Indeterminación del objeto de la opción*

En una de las cláusulas que la escritura de opción pretendía inscribirse se incluye la de que el ejercicio del derecho de opción puede realizarse sobre la totalidad de las fincas, sobre alguna de ellas o sobre parcelas de las mismas, que el optante deberá segregar en una o varias fincas.

Notarialmente, el supuesto se defiende diciendo que el dueño puede hacer la segregación y transmitir esta facultad a un tercero, cosa que, sin embargo, no ocurre, pues a lo único que se llega es a considerar que el optante puede otorgar unilateralmente la escritura de opción, sin que se le confiera esa facultad de segregación. Decimos esto, puesto que la segregación debe ser «previa» al ejercicio de la opción, pero nunca *posterior*, que es lo que parece autorizar la cláusula y que era innecesario decirlo, pues el optante, ya propietario por el ejercicio de la opción, puede perfectamente hacer la segregación. Yo creo que aquí es donde está uno de los grandes fallos de la estructuración de la decisión unilateral, pues si para la segregación se necesita el concurso del propietario, para la entrega debe ser también sustancial.

Aparte de ello, quedaba un tema sustancial que notarialmente quiere ignorarse y es el principio de especialidad. El Registrador insiste en que la concesión de un derecho de opción debe realizarse sobre cosa que esté debidamente individualizada registralmente, sobre todo si se quiere que el mismo pueda afectar a un tercer adquirente. La cosa era tan tremendamente lógica que no era preciso insistir sobre ella. No vale pensar que el derecho concedido sobre la totalidad de una finca, pueda concretarse solamente sobre parte de ella, pues ello genera una indeterminación tan absoluta que choca abiertamente con los principios fundamentales de especialidad, claridad de la publicidad registral y libertad de tráfico.

Sin negar, por supuesto, la gran labor constructiva que el Notario realiza al redactar el documento, es preciso poner coto a imaginaciones desbordadas sin encuadrar el Registro en eso que se ha llamado «coladero» ni en de «freno» que impida toda evolución dentro de la legalidad. De cualquier forma, en este campo especulativo de la estructura de los derechos reales conviene tener muy en cuenta aquella famosa opinión de González Palomino que decía que con «*numerus apertus*» y todo, resulta que dentro de nuestro Derecho todo se reduce a dominio, derechos limitativos, de adquisición y de garantía, y la voluntad de los particulares se reduce a la determinación del objeto, condiciones, garantías y límites..., y es que falta poder e imaginación para inventar nuevos derechos reales.

Estimadas válidas e inscribibles por el registrador las cláusulas estableciendo que la facultad resolutoria, pactada conforme al artículo 1.504 del Código, tenga una duración limitada, así como el consentimiento formal cancelatorio anticipado, ha de considerarse también inscribible la que establece la aplicación del artículo 355, apartado 1.º, una vez transcurrido el término sin que conste asiento alguno de prórroga o de ejercicio de las acciones del vendedor por razón de la venta. (Resolución de 28 de noviembre de 1978; «Boletín Oficial del Estado» de 19 de enero de 1979.)

Hechos.—Por escritura de compraventa autorizada en Madrid por el Notario don Roberto Blanquer Uberos, el 2 de mayo de 1976, los esposos don Manuel Calatrava Fernández y doña María del Carmen Taibo Rouco vendieron a don Antonio Perales Cebolla determinada finca por el precio de 260.663 pesetas con veinte céntimos, parte del cual quedó aplazado, esta-

bleciéndose lo pertinente en cuanto al vencimiento y pago del mismo, entregando la parte compradora al vendedor 38 letras de cambio representativas de los plazos y vencimientos señalados, acordándose en la estipulación tercera de la referida escritura que: «La falta de pago a su vencimiento de dos cualesquiera de las letras de cambio, a que se refiere la cláusula anterior, o la última de ellas, facultará al vendedor para resolver la venta conforme al artículo 1.504 del Código civil.

La notificación de usar la facultad de resolver la venta y el transcurso del plazo de gracia de treinta días naturales—el primero, el siguiente al de la práctica de la notificación—, que necesariamente concederá la misma notificación, determinará la resolución plena y automática de la venta. El título inscribible será el documento que justifique la notificación, resultando del mismo que tanto las letras vencidas e impagadas, debidamente protestadas, como las letras pendientes de vencimiento en su caso, obran en poder del vendedor, y además el vencimiento del plazo de gracia, en unión del título del vendedor, o sea, copia de este instrumento librada para el vendedor o sus causahabientes.

Como pena de indemnización por daños y perjuicios el vendedor retendrá la totalidad de las cantidades recibidas por causa del precio de la venta de la finca y no estará obligado a abonar cantidad alguna por impensas, gastos u obras realizadas en la finca, perdiendo el comprador, como consiente desde ahora, todo derecho por dichos conceptos.

Las partes establecen y el vendedor especialmente consiente, que la condición resolutoria que respecto de la finca se pacta, quede extinguida por el transcurso del plazo de cuarenta y cinco meses a contar desde el día de hoy, si antes no se hubiera ejercido el derecho a la resolución. También pactan expresamente las partes que la condición resolutoria quede extinguida mediante la justificación del pago de las cambiales reseñadas, lo que acreditará la simple tenencia de las mismas por el comprador, que se hará constar en acta notarial.

El vendedor presta expresamente su consentimiento formal, desde este momento y para entonces para la cancelación de la inscripción en el Registro de la Propiedad de dicha condición resolutoria, bien sea transcurrido el indicado plazo de cuarenta y cinco meses sin que conste en los libros asiento alguno de prórroga convenida o de ejercicio de cualquiera de las acciones y pretensiones que corresponden al vendedor por razón de la venta de dicha finca, bien sea justificando el pago de las letras representativas del precio aplazado por el acta notarial a que se alude en el párrafo anterior.

En el primer caso (extinción de la facultad resolutoria por transcurso del plazo convenido) la cancelación se practicará con carácter automático, bien con ocasión de practicarse cualquier asiento relativo a la finca, o de expedirse certificación de cargas, conforme al artículo 355 del Reglamento Hipotecario, a que se remiten las partes por esta rogación expresa de asiento futuro.

Presentada en el Registro número 4 de Madrid primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Inscrito el precedente documento, en el Registro de la Propiedad número cuatro, en

el tomo 1.304 del archivo, libro 742 de la Sección segunda, folio 181, finca número 33.745, inscripción cuarta, con la excepción de los párrafos 4.º, 5.º y 6.º del número segundo del otorgamiento, relativos a la extinción de la condición resolutoria por transcurso del plazo convenido, que se deniegan:

Primero.—Por atentar a la autonomía de la calificación registral, reconocida en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

Segundo.—Por pretender modificar mediante convenciones particulares, el modo de llevar el Registro, desarrollado en el título IX de la Ley Hipotecaria.

Tercero.—Por pretender que en su día no se tenga en cuenta el artículo 254 de la Ley Hipotecaria.

Cuarto.—Por ser contraria a lo que se pretende en la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado, de 11 de diciembre de 1974. Estos defectos se consideran insubsanables.

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que ninguno de los defectos contenidos en la nota son imputables a los párrafos 4.º y 5.º de la estipulación tercera (que en la nota se señala como segunda por error), ya que el párrafo 4.º contiene el pacto que regula las dos formas de extinción de la condición resolutoria, a saber, una por pago del precio y la otra por el transcurso del plazo, pacto que tiene un alcance civil y que es válido o inscribible, pues lo contrario supondría que no se podría establecer un plazo de duración a los derechos reales, facultades o potestades de trascendencia real; que el párrafo 5.º contiene una manifestación de voluntad por la que el vendedor deja prestado su consentimiento para la cancelación del asiento, fórmula que aparece regulada en el artículo 82-2.º de la Ley Hipotecaria, que establece se podría practicar la cancelación cuando resulte del título en cuya virtud se practicó la inscripción; que el párrafo discutido podría, a lo sumo, ser superfluo, pero no ilegal ni defectuoso; que el consentimiento cancelatorio prestado en la misma escritura, que es título del asiento que será cancelado en su día, no puede considerarse que atente a la autonomía de la calificación registral, puesto que, el citado artículo 82 regula el supuesto de que un mismo título sirva para practicar un asiento de inscripción y, en su momento, el asiento de cancelación de aquella inscripción; que los defectos señalados en la nota se refieren evidentemente al párrafo 6.º, que culmina el contenido de los dos anteriores; que en este párrafo se entiende que en el caso de extinguirse la condición resolutoria por el transcurso del plazo o término de vigencia (y no en el caso de extinguirse por cualquier otra causa como, por ejemplo, el pago) procede la cancelación automática del asiento correspondiente al derecho extinguido, suponiendo una excepción al principio de rogación; que la Resolución de 11 de diciembre de 1974 no es aplicable al caso presente, pues se refiere a un supuesto que, aunque próximo al que nos ocupa, es distinto, pues dicha Resolución trata de cancelación automática de condición resolutoria y en el recurso actual nos referimos a la cancelación automática del asiento de un derecho sustantivamente extinguido o caducado; que el artículo 83 de la Ley Hipotecaria no es aplicable, pues se refiere al cumplimiento o incumplimiento de las condiciones que afectan a un derecho inscrito; que tampoco es de aplica-

ción el artículo 56 del Reglamento Hipotecario, pues contiene el desarrollo reglamentario de los asientos de nota marginal a que se refiere el artículo 23 de la Ley para caso de consumarse la adquisición del derecho condicional; que asimismo no es de aplicación el artículo 177 del Reglamento, pues el procedimiento que regula no excluye otro procedimiento; que el recurrente en nada intenta contradecir la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 11 de diciembre de 1974, pero que no debe confundirse la caducidad de los asientos con la caducidad de los derechos inscritos, y que en este caso se trata de la cancelación de asientos por caducidad, o extinción por vencimiento del plazo pactado para la vigencia, de un derecho o facultad inscrito; que una vez vencido el plazo de vida de tal derecho o facultad se produce una inexactitud registral, conforme al artículo 40, 1.º, b), de la Ley Hipotecaria, procediendo la rectificación mediante la correspondiente cancelación que se efectuará conforme al título IV de la Ley (arts. 76 y siguientes), según los cuales (art. 79, 2.º) podrá pedirse y deberá ordenarse la cancelación total de las inscripciones cuando se extinga por completo el derecho inscrito; que la cancelación automática, si procediere, en nada atenta a la autonomía de la calificación registral, pues no eximiría de la calificación procedente, siquiera ésta fuese limitada a la circunstancia de haber transcurrido el tiempo de licencia de la facultad resolutoria; que no se ha pretendido modificar el modo de llevar el Registro ni soslayar la aplicación del artículo 254 de la Ley Hipotecaria, sino que lo que se pretende es que la escritura calificada sea a la vez y mediante una sola presentación título del asiento de inscripción inicial y título de la cancelación final, que se extenderá una vez vencido el término y por el procedimiento previsto en el artículo 355 del Reglamento Hipotecario; que nada impide la calificación fiscal correspondiente.

El Registrador informó: Que de la escritura autorizada por el Notario recurrente sólo se denegó la inscripción de los párrafos 4.º, 5.º y 6.º de la estipulación 3.ª, párrafos que constituyen una unidad lógica y jurídica que el presentante reconoce a los efectos del artículo 434 del Reglamento, pues aceptó que la escritura se registrase sin ellos, pero no consintió en que se inscribiesen los párrafos 4.º y 5.º sin registrarse el 6.º, que contiene el meollo del problema: la cancelación automática con rogación anticipada; que el Registrador declara inscribibles los párrafos 4.º y 5.º antes denegados; fundándose en consideraciones distintas a las alegadas por el Notario, quedando así el recurso limitado a lo que contiene el párrafo 6.º; que la Resolución de 11 de diciembre de 1974 dictada en un recurso interpuesto por el mismo Notario recurrente rechazó terminantemente la inscripción de un pacto idéntico al que origina el recurso presente, ya que en ambos casos se contempla el supuesto de una compraventa con condición resolutoria en la que anticipadamente se pide su cancelación automática una vez transcurrido el plazo convenido; que la identidad de circunstancias puede observarse con la sola lectura del pacto inserto en ambas escrituras, ya que no existen diferencias básicas entre uno y otro texto; que las demás Resoluciones que cita el recurrente se refieren a casos completamente diferentes del que nos ocupa; que la escritura controvertida contiene una compra-

venta en la que el precio se asegura con una condición resolutoria explícita que se especifica con la adición de una cancelación automática, inadmisibles según el artículo 355 del Reglamento; que la cancelación automática anula el margen de apreciación que tiene el Registrador para juzgar el asiento que se le pide y que se pretende firme sin su juicio, pero con su responsabilidad, atentándose así contra la autonomía de la calificación registral; que los procedimientos de cancelación automática, como excepcionales, sólo pueden ser establecidos por las leyes y son de rigurosa y estricta interpretación; que el procedimiento para hacer constar el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones, contenido en el artículo 23 de la Ley y 56 y 177 del Reglamento, es aplicable a la condición resolutoria explícita, como lo demuestra una práctica tan universal como incontrovertida y como acertadamente lo reconoce la Resolución de 11 de diciembre de 1974; que es principio fundamental reconocido por la Ley, la doctrina y la jurisprudencia que las normas procesales son de orden público y no pueden mudarse por conveniencia de las partes; que la citada Resolución deja bien claro que el artículo 355 del Reglamento es de carácter excepcional y sólo aplicable a los supuestos concretos a que se refiere, sin que sea susceptible de que por una interpretación extensiva pueda ampliarse su campo de aplicación; que el pacto contenido en el párrafo cuya inscripción se deniega puede quebrantar el artículo 254 de la Ley Hipotecaria, puesto que pretende que en su día se registre la extinción de la facultad resolutoria, hecho sujeto al impuesto, sin el pago del impuesto y sin la calificación al menos de una oficina liquidadora; también podría considerársele como acto contra ley, resultando su nulidad en el orden sustantivo del número 3 del artículo 6.º del nuevo título preliminar del Código civil; que la antigua Ley Orgánica del Poder Judicial y la vigente de bases obligan a los Jueces a abstenerse de aplicar las disposiciones inferiores que contradigan normas de rango superior, lo cual también obliga en el orden administrativo a través de la Ley General de Procedimiento.

El presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador en el particular a que ha quedado reducida, por razones análogas a las expuestas por este funcionario y teniendo en cuenta además que la Resolución de 11 de diciembre de 1974 —dictada en confirmación del auto de la misma Presidencia de 17 de septiembre de 1974— declaró que no podía tener acceso al Registro una cláusula similar a la de autos, no resultando convincente la argumentación del recurrente tendente a demostrar que existe diferencia entre el supuesto a que se refieren dicha Resolución y auto y el supuesto de que ahora se trata.

Apelado el Auto presidencial por el Notario recurrente, señor Blaque, la Dirección General acuerda revocar el Auto apelado y la nota del Registrador en base a la doctrina siguiente.

Doctrina.—«En este recurso se plantea la cuestión de si es inscribible la cláusula contenida en una escritura de compraventa y en la que se previene la posibilidad de cancelación de un asiento una vez que el derecho a que se refiere se encuentre extinguido o caducado, por haber vencido su plazo de vigencia y haber prestado su consentimiento anticipadamente la persona favorecida por la inscripción registral.»

«La cláusula discutida pretende solucionar uno de los aspectos de más trascendencia para el comprador que ha terminado de pagar el precio que se había aplazado en el momento de la adquisición del inmueble, y trata de lograr que el contenido del Registro que publica esta circunstancia del aplazamiento de pago con la amenaza de resolución de su compra, se adecúe a la realidad extra-registral de haber sido satisfecho íntegramente, sin que el acreedor por causa que puede ser muy variada haya podido otorgar la correspondiente carta de pago, que sería el medio más idóneo para obtener esta finalidad y sin que por otra parte tenga que acudir a utilizar otros procedimientos largos y costosos, como sería el juicio ordinario correspondiente, o esperar a que se entienda prescrita la carga en el caso del procedimiento de liberación de gravámenes del artículo 209 de la Ley Hipotecaria.»

«La importancia de esta cuestión, por el número de compradores a los que afecta y su intento de resolverla, dado que en la mayor parte de las adquisiciones, sobre todo de pisos, no se satisface el precio de una sola vez, resalta uno de los aspectos de la función notarial, que no sólo da autenticidad al documento redactado, sino que además, en su misión asesora y materializadora de la voluntad de las partes, el Notario intenta construir y dar solución jurídica a las dificultades y problemas que la realidad de la vida ordinaria ofrece con la protección de todos los intereses en juego.»

«La validez de los pactos contenidos en los párrafos 4.º y 5.º de la cláusula tercera de la escritura, que se pretende fundamentar en el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1.235 del Código civil, aparece reafirmada por el propio funcionario calificador al rectificar en su informe la nota discutida en el sentido de entender inscribibles los mencionados pactos que establecen que la facultad resolutoria ejercitable por el vendedor tenga una duración temporal limitada, así como la expresa prestación de consentimiento anticipado por dicho vendedor para la cancelación del asiento de inscripción una vez cumplido el supuesto a que la cláusula se refiere, por lo que en definitiva el recurso queda reducido únicamente al examen del número 6.º de dicha cláusula 3.ª relativo a la forma de practicarse esta cancelación.»

«Inscrita la cláusula que contiene esta limitación temporal de la facultad resolutoria, una vez que ha transcurrido su plazo de duración, es la misma publicidad registral la que indica que está extinguido el derecho inscrito, ya que el propio asiento —artículo 38 de la Ley Hipotecaria— manifiesta que no existe, produciéndose una inexactitud que de acuerdo con el artículo 40, 1, b) de dicha Ley habrá de rectificarse conforme a lo dispuesto en el título IV.»

«Dentro de este título IV, el artículo 79-2.º de la Ley es el que regula la práctica del asiento de cancelación en los casos en que se extingue por completo el derecho inscrito, y el artículo 82 es el que prevé la forma en que se ha de proceder para ello, a saber, bien mediante la prestación del consentimiento para la cancelación por la persona adecuada o, en su defecto, por sentencia judicial firme, que es la regla general, o bien sin necesidad de estos requisitos cuando quede el derecho extinguido por declaración de la Ley o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó

la inscripción, que es lo que sucede en el caso que se examina, y al sentar esta matización este párrafo 2.º del artículo 82 no ha hecho otra cosa que obviar la aparente rigidez del primer párrafo del mismo artículo que, como apuntaba la Resolución de 30 de junio de 1933 para la legalidad entonces vigente, podía hacer pensar que al consentimiento de los interesados se le diera más valor que a los preceptos de la Ley misma hasta el punto de que cuando ésta declaraba fenecidos los derechos se exigiera también aquel consentimiento.»

«La cláusula discutida trata de evitar que una certificación comprenda como contenido registral vigente una facultad que, según los propios asientos del Registro, está extinguida —y en esto se diferencia del supuesto que motivó la Resolución de 11 de diciembre de 1974 que versaba sobre cancelación automática por caducidad del asiento— y al deberse cancelar con arreglo a lo dispuesto en los artículos 79-2.º y 82-2.º de la Ley Hipotecaria, procede la aplicación del artículo 355 del Reglamento para su ejecución, a no ser que exista algún obstáculo que lo impida.»

«No supone ninguna merma de la autonomía de la calificación registral el hecho de que la misma escritura cumpla a la vez como título de la inscripción y en su día de la cancelación, pues en el momento en que se solicite o haya de extenderse este segundo asiento cancelatorio el funcionario calificador habrá de tener en cuenta las exigencias derivadas del principio de legalidad antes de proceder a la extensión del asiento, así como, en su caso, el cumplimiento de las obligaciones fiscales a que se refiere el artículo 254 de la Ley Hipotecaria.»

CONSIDERACIONES CRITICAS

Al filo de mi comentario en estas páginas (A. D. C., tomo XXX, fascículo II, 1977, pág. 413) de la Resolución de 11 de diciembre de 1974 —argumento crucial discutido en este recurso— decía que no era extraño que la práctica notarial —sin la necesaria unidad de estilo en este caso— utilice una serie de cláusulas con la finalidad de remediar males mayores o menores, pero que encuentran ciertas resistencias en su admisión al chocar con principios superiores. Y aquí, en el caso que plantea la resolución, estamos en un «ensayo» de cláusulas que, según la Dirección General, pueden tener cabida en los libros registrales.

Verdaderamente que la proliferación de ventas de pisos con el precio aplazado, representado por letras de cambio y garantizado con la condición resolutoria del impago a favor del vendedor ofrece un singular campo de problemas, algunos de los cuales apunté en un pequeño trabajo mío («Precio aplazado, letras de cambio y condición resolutoria», Boletín del Colegio Nacional de Registradores número 114, junio 1976, pág. 313), claro que allí citaba bibliografía importante, como los trabajos de Rodríguez Adrados («Algunos aspectos de la lex comisoría», Rev. Cr. Dr. Inmb. 1968, pág. 49); Irurzun Goicoa (D.) («La cláusula resolutoria y el pacto comisorio». Estudios de Derecho Privado, tomo II, 1965); Ruiz Martínez (F.) («Precio aplazado. Artículo 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento». Rev. Cr. Dr. Inmb. 1948, pág. 601); Cánovas Coutiño (G.) («Comentario a la Resolu-

ción de 3 de junio de 1961», en Rev. Cr. Dr. Inmb. 1961, pág. 1150), etc., de los cuales se desprendían esos problemas y se ofrecían algunas soluciones. Quizá la más acuciante de las soluciones era y sigue siendo la justificación del incumplimiento de la condición resolutoria y su forma de hacerlo constar registralmente y recuerdo perfectamente que ya allí distinguía entre el hecho de acreditar el pago del precio y la extinción de la condición resolutoria. No adelantemos acontecimientos y vayamos por partes.

La cuestión central que plantea el recurso es saber si es o no inscribible una cláusula en la que se estipula una posible cancelación de un asiento una vez que el derecho a que el mismo asiento se refiere se encuentre extinguido o caducado, por haber vencido su plazo de vigencia y haberse prestado consentimiento anticipado para ello, aprovechando el mecanismo facilitador del artículo 355 del Reglamento Hipotecario que arbitra un medio de cancelar al hilo de la petición de una certificación o práctica de algún asiento, calificándose por algunos de cancelación automática y por otros de cancelación de oficio. En medio de toda esta temática aparece la Resolución de 11 de diciembre de 1974 que para el Notario recurrente y para la Dirección General nada tiene que ver con este supuesto y que para el Registrador y el Presidente de la Audiencia es argumento decisorio en favor de sus tesis.

Creo que, por todo ello, la manera de exponer este comentario será ofrecer un panorama comparativo entre aquella Resolución de 1974 y esta de ahora y luego entrar en los puntos claves de la calificación.

a) *Diferencias entre la Resolución de 11 de diciembre de 1974 y ésta.*

Recordemos que la Resolución citada partía de una cláusula cuyos términos eran aproximadamente éstos (digo aproximadamente, pues los tomo de los «hechos» del primer resultando): que las partes establecen y el vendedor especialmente consiente, que la condición resolutoria que respecto a la finca se pacta, quede extinguida por el transcurso de treinta y cinco meses, a contar de la fecha de la escritura, si antes no se hubiese ejercitado el derecho a la resolución, prestando expresamente el vendedor su consentimiento formal, desde este momento y para entonces para la cancelación de la inscripción en el Registro de la Propiedad de dicha condición resolutoria, practicándose de forma automática, transcurrido el plazo convenido de treinta y cinco meses, bien con ocasión de practicarse cualquier asiento relativo a la finca, o de expedirse certificación de cargas, conforme al artículo 355 del Reglamento Hipotecario, a que se remiten las partes.

Todos podemos volver a recordar la doctrina de la Dirección en este supuesto: el innovador artículo 355 del Reglamento Hipotecario no puede ampliarse «a casos no comprendidos, como sucede con el examinado en este recurso, en que la caducidad del derecho que en su día se pretende sea cancelado, tiene lugar por voluntad de las partes y no con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, tal como establece el mencionado precepto legal». Igualmente niega la posibilidad de la inscripción de la cláusula al «amparo de una anticipada petición de cancelación» que tiene sus cauces por lo ordenado en los arts. 23 de la Ley y 56 y 177 de su Reglamento. Por último, citaba como impedimento legal la falta de liquidación del impuesto.

El Notario dice en su informe que la Resolución dicha nada tiene que ver con la presente, pues se refiere a un supuesto que, aunque próximo al que nos ocupa, es distinto, pues dicha Resolución trata de cancelación automática «de condición resolutoria» y en el recurso actual nos referimos a la cancelación del «asiento de un derecho sustantivamente extinguido o caducado». La Dirección dice que la Resolución versaba sobre cancelación automática «por caducidad del asiento», mientras que la actual trata de evitar que una certificación contenga «una facultad que, según los propios asientos del Registro, será extinguida» y al deberse cancelar con arreglo a lo dispuesto en los artículos 79, 2.º y 82, 2.º de la L. H. procede la aplicación del artículo 355 del R. H.

Debo ser millonario en horas de estudio del Derecho Hipotecario, pero tengo que confesar a estas alturas mi perplejidad ante tamaña afirmación que permite tan sutil distinción, pues tal y como leo en los antecedentes de hecho —que tomo de su publicación en una Revista y que igual difieren de lo publicado en el «Boletín Oficial» o en la literalidad de la cláusula— que el apartado 5.º de la estipulación cuestionada habla de que «la condición resolutoria que respecto de la finca se trata, quede extinguida» por el transcurso del plazo; igualmente el apartado 5.º habla de prestación de consentimiento anticipado para la «cancelación de la inscripción en el Registro de la Propiedad de dicha condición resolutoria» y, por último, el apartado 6.º se habla de «extinción de la facultad resolutoria por transcurso del plazo convenido». ¿Dónde está la diferencia? Evitemos interjecciones, más propias del Parlamento, y saquemos la conclusión de que los supuestos son idénticos y lo que varía es el criterio decisorio. ¿Está en lo cierto la Dirección o lo estaba antes? El tema está en qué puede haber detrás de todo el gran problema de las ventas con precio aplazado representado por letras de cambio y con condición resolutoria un lastre que tropieza con las exigencias de la vida moderna y que exige solución, pero a la hora de darla busquemos otros caminos, que los hay, para así evitar esta penosa situación ridícula de distinguir entre la extinción del derecho que provoca la cancelación del asiento que lo sostiene y la caducidad de un asiento por caducidad del derecho. Es excesivo y poco convincente.

Por todo ello estoy plenamente de acuerdo con el Registrador al entender que los supuestos eran idénticos entre la Resolución de 1974 y la presente. Discrepo únicamente en algunos puntos de su nota y en algunos argumentos de su defensa, pero sustancialmente hago míos todos ellos. Igualmente me adhiero a la solución que al caso da el Presidente de la Audiencia, donde se dice que no resulta convincentes los argumentos dados por el recurrente para demostrar la diferencia entre el supuesto a que se refiere aquella Resolución y el supuesto que ahora se trata.

Y puestos a suspender o denegar, yo hubiera denegado desde el apartado 3.º de la estipulación tercera de la escritura, donde se establece una penalidad leonina de la que ya se ha hecho eco la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que superando el requisito de la «voluntad deliberadamente rebelde» (aplicando el artículo 1.504 del C. c., la doctrina del 1.124 del mismo cuerpo legal), se ha llegado a la pretensión de moderar las consecuencias de las cláusulas abusivas o leoninas, aunque el tema está resuelto a través

de un claro precepto de nuestro Código civil, donde se dice que cuando dichas cláusulas tengan la consideración de penales «el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida» (artículo 1.154 C. c.).

b) *Razones de la calificación.*

Todas las buenas razones que la calificación podía tener se precipitan en una especie de abismo al que lleva la admisión por parte del Registrador de la inscripción de los apartados 4.º y 5.º de la cláusula tercera. Ahí había, a mi humilde entender, unas cargas explosivas grandes que pactadas al amparo de la libertad de pacto (artículo 1.255 del Código civil) podían vincular a las partes, pero al ser admitidas registralmente producían un efecto frente a tercero. Tanto el caso de que el vendedor no sea el mismo por haber enajenado (¿es posible?) su derecho resolutorio, como el supuesto del endoso de las letras de cambio e incluso la existencia de distinto comprador, deberían haber pesado sobre el funcionario calificador para rechazar estas cargas que tenían su detonación en el último de los apartados de la cláusula. Si admitimos aquello debemos admitir su consecuencia. Aparte de que, como veremos, sea dudoso que la recogida en acta notarial del hecho de estar en poder del comprador todas las letras sea o pueda ser una causa de extinción de la condición, pues a nuestro entender no pasa de ser más que el hecho justificativo del pago, exigiéndose, en base del artículo 82 de la L. H., el consentimiento para entender extinguida la condición resolutoria. Dar a este hecho la misma trascendencia que al transcurso del plazo por el cual se entiende extinguida la condición me parece peligroso. La Dirección General elude la posible problemática de la cuestión, ya que al ceder el Registrador a la pretensión notarial parte de que uno y otro habrán sentenciado con sus decisiones la validez de estos aspectos de la cláusula.

Otro tema importante que merecería un comentario más amplio en estas notas es la «prestación de un consentimiento formal» (cosa que la Dirección ha negado hace muy poco que fuera necesario) anticipado para la posible cancelación de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la «condición resolutoria», no del asiento que la contiene (según los términos de la cláusula). Yo en esto me remito a la propia doctrina de la Dirección que en la Resolución de 1974 opinaba que «tampoco parece tener acceso al Registro la cláusula discutida al amparo de una anticipada petición de cancelación, pues aparte de que ello supondría una extraña anomalía respecto a la forma en que aparece regulado el principio de rogación en las disposiciones legales, si se examina la esencia del pacto escriturado, al consumarse la adquisición del derecho por el cumplimiento de la condición son los artículos 23 de la Ley y 56 y 177 de su Reglamento, los que establecen el procedimiento y forma de hacer constar en el Registro esta circunstancia, y por cierto de manera diversa a la señalada en el pacto». Claro que yo no sé si la Dirección ahora —pues en esto se inhibe— piensa igual o por la sugerencia notarial de que una cosa es la cancelación del asiento y otra la del derecho puede distinguir si el consentimiento prestado lo es para

la condición resolutoria o para el asiento que la protege. La cláusula en su primaria concepción se refiere al consentimiento de cancelación de la inscripción de dicha condición resolutoria. Es decir, que se consiente en la cancelación de la «inscripción» (o asiento), pero no en la del derecho de resolución. Hago esta distinción partiendo de la base de la que Notario y Dirección hacen, ya que uno y otro me obligan a ello. ¿Este consentimiento anticipado e inscrito vincula a un posible adquirente del derecho a resolver?

Otro punto que aflora inevitablemente en esos apartados que luego el Registrador consiente en inscribir es el del plazo de caducidad de la «lex comisoria». Transcurrido un término establecido, la facultad resolutoria queda extinguida. ¿Es esto posible? La práctica puede aconsejar esta solución, pero la teoría puede tener ciertos matices que impidan esa práctica. La facultad resolutoria se inicia cuando se produce el hecho que da lugar a ella, en este caso el impago de alguna de las letras que representaban los plazos del precio fraccionado y aplazado. Esta facultad o derecho puede o no prolongarse en el tiempo, aplicándose a ella los términos de prescripción o permitir el pacto que limite en el tiempo su ejercicio. Este es el gran tema planteado por la cláusula discutida, pero que, sin embargo, aceptó el Registrador. Tirso Carretero (Comentario a esta misma Resolución en Rev. Cr. Dr. Inmob., enero-febrero 1981, número 542, pág. 133 y ss.) aborda en su comentario este punto y entiende con singular acierto que someter a término final la facultad resolutoria, independizándola del pago o impago del precio, introduce la problemática del negocio abstracto en uno de sus elementos accidentales y al desconectar aquella de su causa (garantizar el pago del precio), cortando la relación entre la resolución y el impago ocasiona una cláusula contradictoria y una condición ambigua. A juicio de este autor, el plazo de caducidad de la facultad resolutoria no afecta a las relaciones «inter partes» y no impide el ejercicio de la acción resolutoria del 1.124 del C. c., teniendo únicamente por finalidad someter a plazo única y exclusivamente los efectos «erga omnes», contra tercero concedidos a la facultad resolutoria por el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, mediante la inscripción registral del pacto de «lex commissoria», y esto es lo que claramente debería pactarse y es lo que en la redacción de la cláusula no aflora.

Hay otro problema menos importante desde el punto de vista hipotecario, ya que es ajeno a la calificación. Me estoy refiriendo al problema fiscal al que alude el Registrador en su nota y que, como todos sabemos, es un requisito previo que la ley impone para poder verificar la inscripción en base del artículo 254 y 255 de la L. H. Ya hemos dicho en otra ocasión que, conforme al artículo citado últimamente, antes de verificarse el pago del impuesto «se suspenderá la calificación» del documento, lo cual significa que este elemento no juega más que como elemento necesario para que ésta pueda desarrollarse y, en su consecuencia, inscribirse, suspenderse o denegarse el acto inscribible. Sin embargo, este problema está en cierta relación con la consecuencia final que plantea el apartado 6.º de la cláusula cuya denegación es la que motiva el recurso. Esto es, la cancelación automática o la actuación de oficio del Registrador. Que el pacto va en contra de

lo dispuesto en el artículo 254 de la L. H. no tiene duda si lo que se pretende es una cancelación automática o una actuación de oficio, aunque el Notario diga—mal dicho—que lo que se pretende es que la escritura calificada sea a la vez y mediante una sola presentación título del asiento de inscripción inicial y título de la cancelación final, que se extenderá una vez vencido el término y por el procedimiento previsto en el artículo 355 del Reglamento Hipotecario, lo cual no impide la calificación fiscal. La contradicción es evidente: una de dos, o se exige la escritura (y previa una nueva liquidación) se inscribe o si se actúa conforme al artículo 355 del Reglamento Hipotecario sobra cualquier presentación y subrepticamente se viola la norma del artículo 254 de la L. H. La Dirección General, en su último considerando, da un «pase de favor» al tema sin entrar en el mismo. Tirso Carretero, en el trabajo anteriormente citado, aporta los datos de la Ley de 5 de julio de 1980 dictada para venta de viviendas que se consideran exentas del Impuesto de Tráfico de Empresas y Transmisiones Patrimoniales y la Ley de 21 de julio de 1980 que no incluye la *extinción* de derechos reales como hecho imponible en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídico Documentados.

El último tema es el de la cancelación automática o de oficio por aplicación del artículo 355 del R. H. y en base del transcurso del plazo pactado para ello por los interesados. Al filo ya de ultimar estas notas se me ha encendido la luz roja de la advertencia o prohibición de que no pasase adelante sin tener en cuenta un comentario sustancioso que en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario hace Félix Rodríguez López («El pacto comisario temporal. Su cancelación por la vía del artículo 355 del Reglamento Hipotecario». Rv. Cr. Dr. Inmb., enero-febrero 1981, número 542, página 9) y en el cual veo con agrado que se exponen unas ideas coincidentes con las que aquí iba a exponer sobre la improcedencia de la aplicación del artículo 355 del Reglamento al caso cuestionado. Yo me iba a basar en la Resolución del año 1974, que interpretaba estrictamente la doctrina contenida en dicho artículo y que entiende que solamente debe ser aplicable a los casos que se refiere. Rodríguez López parte de dos ideas intocables: a) Cuando un derecho o situación inscrita quede extinguido, el artículo 97 de la Ley señala «que podrá pedirse y deberá ordenarse su cancelación», regulándose los procedimientos para ello. b) Extinguido un derecho procede, desde luego, su cancelación, pero no por el procedimiento que escojan los interesados, sino por el idóneo para ello. Una vez planteadas estas dos premisas el examen del artículo 355 del Reglamento permite rechazar de plano su aplicación al presente caso, ya que la norma reglamentaria se está refiriendo a derechos «que hayan caducado con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria», no aludiendo para nada, y por ello ha de entenderse que no los comprende, a los que caduquen por la voluntad de los particulares que los engendraron a la vida jurídica.

De todo ello—y de una serie de argumentos y datos que ofrece dicho autor—deduce que el pacto por el que los interesados acuerdan que la referida cancelación sea practicada en la forma señalada en el párrafo 1.º del artículo 355 del Reglamento es nulo y debe denegarse por atentar contra lo contenido en los artículos 3 (documentación), 6 y 79 (rogación: «podrá

pedirse»), 99 (calificación en cancelaciones), 254 (vigilancia fiscal), todos de la Ley Hipotecaria y el 97, 1.º del Reglamento (plazo para calificar), así como la Resolución de la Dirección General de los Registros de 11 de diciembre de 1974.

Poco o nada más cabe añadir a todo este cúmulo de argumentos que hacen inviable la redacción de la cláusula en todos sus apartados, pero sobre todo en los tres, cuatro, cinco y seis. Quiero pensar en que han sido razones prácticas las que han movido al Notario autorizante de la escritura a redactar y sostener su cláusula que ha convencido a la Dirección General para inclinar a su favor la balanza, pero creo que aún está por perfilar esa cláusula que no roce e infrinja la legalidad vigente. Es cierto que el Registro—como dijo Vallet de Goytisolo—no debe ser freno a la fecunda creación notarial de fórmulas, pero tampoco debe ser un «coladero» donde entre una mercancía llena de defectos y que no tiene un precepto legal en que apoyarse a la luz de una interpretación jurídica. Aclaro, por último, que cuando leo las Resoluciones para su comentario las personas que me las transcriben tienen la orden de borrar o no incluir los nombres de los Notarios y Registradores autorizantes y calificantes de los problemas que se cuestionan para así mantener una plena objetividad. Las simpatías y las inclinaciones favorables o desfavorables deben quedar fuera del campo de la crítica, pues pensando en la persona se oscurece el derecho y hay que partir de la base de que aquí el conocimiento del derecho se presume como el valor en los militares.

DERECHO MERCANTIL

No puede tener acceso al Registro Mercantil el nombramiento de liquidador sin que previamente conste inscrito el acuerdo de disolución de la sociedad. (Resoluciones de 16 y 18 de diciembre de 1978; «Boletín Oficial del Estado» de 30 de enero de 1979.)

Hechos.—Resultando que, por escritura autorizada por el Notario de Madrid, don Manuel Sainz López-Negrete, el 2 de febrero de 1977, don José Jaime Núñez Meléndez, en nombre y representación de la Sociedad «Inmobiliaria Salanova, S. A.», en liquidación, confirió poder especial y sin limitación de tiempo al recurrente para que ejercitare todas y cada una de las facultades que como liquidador se le habían atribuido en la Junta general extraordinaria celebrada el 30 de diciembre de 1976, que eran las previstas en los artículos 153, 158, 160, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 170 y demás concordantes, de la Ley de Sociedades Anónimas, y cuantas por demás precise para llevar a feliz término las operaciones liquidatorias que se le encomendaron; que en la escritura dice que dicha Sociedad fue disuelta por otra escritura anterior autorizada por el mismo Notario el 27 de enero de 1977.

Resultando que presentada en el Registro la referida escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento por no aparecer inscrita en este Registro Mercantil,

conforme exige el artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas, la escritura de disolución que se expresa en el mismo. No procede tomar anotación preventiva por no haber sido solicitada».

Resultando que don Emilio Manrique Martín interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que la inscripción del poder otorgado a su nombre no requiere la previa inscripción de la escritura de disolución, puesto que dicho poder no se encuentra comprendido entre los documentos enumerados taxativamente por el artículo 4.º del Reglamento del Registro Mercantil, que precisan para su inscripción cumplir el principio de tracto sucesivo; que de no inscribirse el referido poder no se podrían llevar a cabo los actos necesarios para este período de liquidación, puesto que el citado artículo 4.º, en su párrafo 2.º, considera necesaria «La previa inscripción de las facultades de los Gerentes o Administradores para inscribir los actos o contratos otorgados por los mismos»; que la escritura de poder que nos ocupa no contiene ninguna de las faltas o defectos que el artículo 44 del mismo Reglamento determina como contenido y alcance de la calificación registral; y que el artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas es inaplicable al caso, ya que en la propia escritura calificada se hace constar que el acuerdo ha sido tomado con todos los requisitos que exige dicho artículo.

Resultando que el Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: Que aunque de los términos empleados en la escritura calificada pudiera deducirse lo contrario, en el presente caso se trata no de un simple apoderamiento conferido al recurrente, sino de la elevación a instrumento público del acuerdo de su nombramiento como liquidador, para cuya inscripción en el Registro Mercantil se requiere la previa o simultánea inscripción de la disolución social de la que es consecuencia; que la nota calificadora no se basa en la infracción del principio de tracto sucesivo, lo que hace improcedente las alegaciones del recurrente referidas a los artículos 4 y 44 del Reglamento en cuanto al cumplimiento o no de tal principio; que la calificación se basa en la necesidad de exigir el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas y demás concordantes; que dicho artículo exige para que el acuerdo de disolución social sea válido que conste en escritura pública y que sea inscrito en el Registro Mercantil, teniendo este último requisito carácter constitutivo, y así se ha considerado siempre en la práctica jurídica y registral en base a varias razones, como la de que, según la expresión «para llevar a cabo» que emplea dicho precepto, ha de entenderse que mientras no concurren todos los requisitos que exige no quedarán jurídicamente ultimados ni completados ninguno de los actos a que se refiere, y de faltar cualquiera de los requisitos el acto sería nulo, como se deduce de la expresión «bajo pena de nulidad», que afecta sin excepción a todos los requisitos; que, por otra parte, al poner el apartado 2.º del repetido precepto a continuación del requisito de «quórum» para el acuerdo, que «en todo caso» éste «constará» en escritura pública que se «inscribirá» en el Registro Mercantil, es porque en ningún supuesto sería válido con su simple constancia en el acta de la Junta y sin inscribir; que esta obligación de inscripción del acuerdo de disolución social se confirma por

to dispuesto en el artículo 83 del Reglamento del Registro Mercantil, que exige que en la hoja abierta a cada Sociedad se inscriban obligatoriamente, entre otros actos, la disolución y liquidación de la Sociedad, con lo que se trata de proteger a los acreedores y terceros interesados; que en el artículo 142 del Reglamento del Registro Mercantil se determina que en la escritura de disolución de las Sociedades Anónimas se contenga el nombramiento de liquidadores, lo cual implica el deseo del legislador de que se inscriban ambos actos al mismo tiempo y no el último antes que el primero; que el artículo 155 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que el período de liquidación no se abre mientras la Sociedad no se disuelva, lo que exige su inscripción en el Registro Mercantil.

Doctrina.—«Considerando que acordada la disolución de una Sociedad y designado, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley, el liquidador correspondiente, la cuestión que plantea este recurso versa sobre si puede tener acceso al Registro Mercantil el nombramiento del mencionado liquidador sin necesidad de que conste inscrito el acuerdo de disolución de la referida Sociedad.»

«Considerando que el período de liquidación no se abre, según resulta del artículo 155 de la Ley, hasta que la Sociedad se encuentre en fase de disolución, por lo que resulta evidente que será condición habilitante para la actuación del liquidador designado que la disolución de la Sociedad haya reunido los requisitos establecidos en las disposiciones legales, lo que supone una previa calificación por parte del Registrador Mercantil del acto principal —disolución— con su correspondiente inscripción, para que simultáneamente o con posterioridad pueda examinarse y proceder a inscribir el nombramiento del liquidador.»

«Considerando que de no hacerse así, y admitirse una inscripción previa del nombramiento de liquidador, a la escritura que contenga el acuerdo de disolución, podría resultar que si esta escritura adoleciera de algún defecto que impidiera su acceso al Registro, se produjese el contrasentido de una publicidad registral que por ser inexacta o incompleta pudiera confundir a interesados y terceros, que, confiados en los asientos registrales, presumieran que la disolución de la Sociedad habría ya tenido lugar correctamente y con el cumplimiento de todos los requisitos legales.»

«Considerando que no se trata de un supuesto de aplicación de los contados casos que en materia de tracto sucesivo recoge el Reglamento del Registro Mercantil, principalmente en su artículo 4, sino que es —como ya se ha indicado— una consecuencia natural derivada del carácter obligatorio de la inscripción en el Registro de la disolución de una Sociedad —artículo 86 del mismo Reglamento—, que exige conste inscrito o se inscriba a la vez esta disolución, para que pueda a su vez inscribirse la que es una de las consecuencias de este acuerdo, como es el nombramiento de liquidador.»

«Esta Dirección General ha acordado confirmar el acuerdo y la nota del Registrador.»

Hechos.—Resultando que, por escritura autorizada por el Notario de Madrid, don Manuel Sainz López-Negrete, el 2 de febrero de 1977, don José Jaime Núñez Meléndez, en nombre y representación de la Sociedad «Inmobiliaria San Trifón, S. A.», en liquidación, confirió poder especial y sin

limitación de tiempo al recurrente para que ejercitase todas y cada una de las facultades que como liquidador se le habían atribuido en la Junta general extraordinaria celebrada el 30 de diciembre de 1976, que eran las previstas en los artículos 153, 158, 160, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168 y 170 y demás concordantes, de la Ley de Sociedades Anónimas, y cuantas por demás precise para llevar a feliz término las operaciones liquidatorias que se le encomendaron; que en la escritura se dice que dicha Sociedad fue disuelta por otra escritura anterior autorizada por el mismo Notario el 27 de enero de 1977.

Resultando que presentada en el Registro la referida escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento por no aparecer inscrita en este Registro Mercantil, conforme exige el artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas, la escritura de disolución que se expresa en el mismo. No procede tomar anotación preventiva por no haber sido solicitada.»

Resultando que don Emilio Manrique Martín interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que la inscripción del poder otorgado a su nombre no requiere la previa inscripción de la escritura de disolución, puesto que dicho poder no se encuentra comprendido entre los documentos enumerados taxativamente por el artículo 4.º del Reglamento del Registro Mercantil, que precisan para su inscripción cumplir el principio de tracto sucesivo; que de no inscribirse el referido poder no se podrían llevar a cabo los actos necesarios para este período de liquidación, puesto que el citado artículo 4.º, en su párrafo 2.º, considera necesaria «la previa inscripción de las facultades de los Gerentes o Administradores para inscribir los actos o contratos otorgados por los mismos»; que la escritura de poder que nos ocupa no contiene ninguna de las faltas o defectos que el artículo 44 del mismo Reglamento determina como contenido y alcance de la calificación registral; y que el artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas es inaplicable al caso, ya que en la propia escritura calificada se hace constar que el acuerdo ha sido tomado con todos los requisitos que exige dicho artículo.

Resultando que el Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: Que aunque los términos empleados en la escritura calificada pudiera deducirse lo contrario, en el presente caso se trata no de un simple apoderamiento conferido al recurrente, sino de la elevación a instrumento público del acuerdo de su nombramiento como liquidador, para cuya inscripción en el Registro Mercantil se requiere la previa o simultánea inscripción de la disolución social de la que es consecuencia; que la nota calificadora no se basa en la infracción del principio de tracto sucesivo, lo que hace improcedente las alegaciones del recurrente referidas a los artículos 4 y 44 del Reglamento en cuanto al cumplimiento o no de tal principio; que la calificación se basa en la necesidad de exigir el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas y demás concordantes; que dicho artículo exige para que el acuerdo de disolución social sea válido, que conste en escritura pública y que sea inscrito en el Registro Mercantil, teniendo este último requisito carácter constitutivo, y así se ha considerado siempre en la práctica jurí-

dica y registral en base a varias razones, como la de que según la expresión «para llevar a cabo» que emplea dicho precepto, ha de entenderse que mientras no concurren todos los requisitos que exige no quedarán jurídicamente ultimados ni completos ninguno de los actos a que se refiere, y de faltar cualquiera de los requisitos el acto sería nulo, como se deduce de la expresión «bajo pena de nulidad», que afecta sin excepción a todos los requisitos; que por otra parte al poner el apartado 2.º del repetido precepto a continuación del requisito de «quórum» para el acuerdo, que «en todo caso» éste «constará» en escritura pública que se «inscribirá» en el Registro Mercantil, es porque en ningún supuesto sería válido con su simple constancia en el acta de la Junta y sin inscribir; que esta obligatoriedad de inscripción del acuerdo de disolución social se confirma por lo dispuesto en el artículo 86 del Reglamento del Registro Mercantil, que exige que en la hoja abierta a cada Sociedad se inscriban obligatoriamente, entre otros actos, la disolución y liquidación de la Sociedad, con lo que se trata de proteger a los acreedores y terceros interesados; que en el artículo 142 del Reglamento del Registro Mercantil se determina que en la escritura de disolución de las Sociedades Anónimas se contenga el nombramiento de liquidadores, lo cual implica el deseo del legislador de que se inscriban ambos actos al mismo tiempo y no el último antes que el primero; que el artículo 155 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que el período de liquidación no se abre mientras la Sociedad no se disuelva, lo que exige su inscripción en el Registro Mercantil.

Doctrina.—«Considerando que acordada la disolución de una Sociedad y designado, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley, el liquidador correspondiente, la cuestión que plantea este recurso versa sobre si puede tener acceso al Registro Mercantil el nombramiento del mencionado liquidador sin necesidad de que conste inscrito el acuerdo de disolución de la referida Sociedad.»

«Considerando que normalmente el período de liquidación no se abre, según resulta del artículo 155 de la Ley, hasta que la Sociedad se encuentre en fase de disolución, por lo que resulta evidente que será condición habilitante para la actuación del liquidador designado que la disolución de la Sociedad haya reunido los requisitos establecidos en las disposiciones legales, lo que supone una previa calificación por parte del Registrador Mercantil del acto principal —disolución— con su correspondiente inscripción, para que simultáneamente o con posterioridad pueda examinarse y proceder a inscribir el nombramiento de liquidador.»

«Considerando que de no hacerse así, y admitirse una inscripción previa del nombramiento de liquidador, a la escritura que contenga el acuerdo de disolución, podría resultar que si esta escritura adoleciera de algún defecto que impidiera su acceso al Registro se produjese el contrasentido de una publicidad registral que por ser inexacta o incompleta pudiera confundir a interesados y terceros, que, confiados en los asientos registrales, presumieran que la disolución de la Sociedad habría ya tenido lugar correctamente y con el cumplimiento de todos los requisitos legales.»

«Considerando que no se trata de un supuesto de aplicación de los contados casos que en materia de tracto sucesivo recoge el Reglamento del

Registro Mercantil, principalmente en su artículo 4, sino que es—como ya se ha indicado—una consecuencia natural derivada del carácter obligatorio de la inscripción en el Registro de la disolución de una Sociedad—artículo 86 del mismo Reglamento—, que exige conste inscrito o se inscriba a la vez esta disolución, para que pueda a su vez inscribirse la de una de las consecuencias de este acuerdo, como es el nombramiento de liquidador.»

«Esta Dirección ha acordado confirmar el acuerdo y la nota del Registrador.»

CONSIDERACIONES CRITICAS

En estas mismas páginas del ANUARIO DE DERECHO CIVIL y en el Tomo XXXIV, Fascículo 3.º, año 1981, pág. 859, hacía un comentario a la Resolución de 15 de diciembre de 1978, comentario que debe servir para estas otras dos Resoluciones de 16 y 18 de diciembre, que partiendo de los mismos hechos e idénticos protagonistas son solucionadas en la misma forma. De ahí que las razones de la publicación de estas Resoluciones sea debidas a la necesidad de que el lector pueda tener el texto íntegro de las mismas, aunque sean idénticas en todo. Debimos prever esto agrupando todas ellas, pero una serie de razones nos lo impidieron.

De todas formas, de una manera sintética, podríamos ofrecer la razón fundamental que impide la inscripción de un nombramiento de liquidador sin tener antes inscrita la escritura de disolución de sociedad. No se basa la decisión en que sea preciso observar el principio de tracto sucesivo, ni en el posible criterio—defendible o no—de la inscripción constitutiva de la extinción, sino en razones de una lógica jurídica aplastante que esgrime la Dirección con gran sentido.

La primera de ellas es que estando inscrito el nombramiento de liquidador, pero no la disolución de la sociedad, puede, en base de la publicidad registral, ofrecer a los terceros una falsa apariencia y un confusio-nismo, pudiendo presumir que la disolución de la Sociedad había tenido lugar. Es decir, se brinda al tercero la posibilidad de en base del efecto (nombramiento del liquidador) estime o presuponga la causa del mismo (la disolución de la sociedad) y ello es preciso evitarlo, pues el Registro no puede prestarse al pensar «conjuntural».

La segunda de ellas es que el hecho de admitir la inscripción del nombramiento de liquidador lleva consigo admitir una situación que luego por diversas razones puede no ser admitida. Es decir, admitir la inscripción del nombramiento del liquidador supone correr el riesgo de que en su día, cuando se presente la escritura de disolución, ésta no pueda inscribirse por un defecto subsanable o insubsanable descubierto a través del principio de calificación registral. ¿Qué pasará entonces con esa inscripción *anticipada* de un nombramiento de liquidador que no tiene por base un previo acto de disolución válido?

Creo que con esta breve orientación quedan comentadas estas dos resoluciones en todo semejantes a la ya citada del día 15 del mismo mes y año.

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS GOMENTADAS

LA TRANSEXUALIDAD Y EL ESTADO CIVIL

(En torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 marzo de 1980)

SUMARIO: 1. El caso llegado al Tribunal Supremo.—2. Concepto de la transexualidad y problemas jurídicos que plantea.—3. Referencia al Derecho comparado.—4. La Sentencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos de 4 de octubre de 1980.—5. La cuestión en Derecho español.

1. Una sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de marzo de 1980 ha tenido ocasión, aunque sin entrar en el fondo del asunto, de enfrentarse con un problema humano de difíciles consecuencias jurídicas en el campo del estado civil, como es la cuestión de la transexualidad.

En el caso que ha llegado a la casación, se formuló ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Sevilla por la representación de don E. H. A., demanda de mayor cuantía contra el Ministerio Fiscal, sobre declaración de cambio de sexo, alegándose los siguientes hechos básicos: 1.º Que el demandante desde su infancia ha venido padeciendo de un gran desequilibrio hormonal, que derivó incluso en manifestaciones de desarrollo propio de hembra, pues a la edad de doce o trece años experimentó un crecimiento espontáneo del pecho, y, junto a estas manifestaciones físicas, sus reacciones y sentimientos han sido siempre propios de mujer. 2.º Que el demandante visitó en Amsterdam a cierto doctor, dispuesto a someterse a un tratamiento psiquiátrico para solucionar su problema, pero el dictamen de dicho doctor fue que no cabía la posibilidad de ninguna forma de psicoterapia y que la única solución real era una intervención operatoria de los órganos genitales, y 3.º Que con fecha 12 de febrero de 1975 se realizó en Heiloo (Holanda) esa intervención quirúrgica de transexualización, con objeto de armonizar su forma genital física con la mental. Con cita de los pertinentes fundamentos de derecho, la demanda terminaba con la súplica de que se dictase sentencia por la que se declarase el cambio de sexo operado en el demandante y se modificara la inscripción en el Registro Civil (1).

(1) Se trata, pues, de una acción declarativa de estado civil que ha de formularse en juicio ordinario de mayor cuantía, por aplicación del artículo 483.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en armonía con el artículo 92 de la Ley del Registro Civil que sienta la regla general de que la rectificación del Registro ha de obtenerse precisamente por «sentencia firme recaída en juicio ordinario».

Seguidos los trámites oportunos, el Juez de Primera Instancia dictó sentencia, estimando la demanda, pero el Ministerio Fiscal recurrió en apelación, que fue acogida íntegramente por la Audiencia. Contra la sentencia de la Audiencia recurre en casación la representación del interesado con invocación de un único motivo: a los fines prevenidos en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se señala el párrafo séptimo del artículo 1.692 de la expresada Ley, por considerarse que en la apreciación de la prueba ha existido error de hecho por cuanto no se ha tenido en cuenta el informe del forense, obrante en autos, que constituye un documento especialísimo, habida cuenta de la singularidad del hecho debatido, y que evidencia la equivocación del juzgador.

La sentencia del Tribunal Supremo, de la que fue ponente el magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, desestima el recurso de casación. El considerando fundamental que es el segundo, afirma, en síntesis, que los dictámenes periciales no son documentos ni actos auténticos a efectos de casación, según las numerosas sentencias que se citan; que son ineficaces para la demostración en casación de los errores de hecho, que carece la apreciación personal del perito del concepto de documento o acto auténtico en el sentido de veracidad indiscutible que requiere el número 7.º del artículo 1.692 para utilizarla a los fines de enervar la apreciación de las pruebas hecha por el Juzgador de Instancia (Sentencia de 31 de marzo de 1931) y que, en definitiva, constituye el dictamen de los peritos un medio de prueba cuyo análisis y valoración, según las reglas de la sana crítica, corresponde al Tribunal sentenciador, de conformidad con las facultades que le otorga el artículo 632 de la citada Ley procesal.

Hay un aspecto, sin embargo, que queda en el aire en esa demanda, cual es el relativo al nombre propio que debería figurar en la inscripción de nacimiento, en caso de que prosperase la acción, pues se da además la circunstancia de que el nombre del demandante Eduardo no tiene normal equivalente onomástico femenino. En los casos distintos de indicación equivocada del sexo, en los que es posible acudir a la vía del expediente gubernativo conforme al artículo 93-2.º de la Ley del Registro Civil, una Resolución de la Dirección General de los Registros de 15 de febrero de 1967 declaró que la competencia que corresponde al encargado para resolver este expediente, por aplicación del artículo 343 del Reglamento del Registro Civil, se extiende también a la variación de masculino a femenino del nombre propio, y viceversa, e incluso a la atribución de otro nombre cuando el impuesto no admita como usual la variante correspondiente al otro sexo. Esta doctrina ha sido completada por dos Resoluciones posteriores de 2 de marzo y de 12 de junio de 1971, las cuales, sobre la base de que esa competencia del encargado se extiende sí a la fijación del nuevo nombre propio, aclaran que esta fijación no implica un verdadero caso de cambio de nombre, sino que se trata de colmar un vacío registral en cuanto al nombre del mismo modo que si no se hubiera hecho constar nombre propio en la inscripción de nacimiento; y este vacío ha de completarse por las normas contenidas al efecto en los artículos 213 y 212 del Reglamento del Registro Civil, de las que resulta que habrá que mantener el nombre propio que hubiere venido usando el interesado, traduciéndolo en su caso a alguna de las lenguas españolas; y que si no consta esta utilización de un nombre propio, habrá de atribuirse el impuesto canónicamente; en su defecto, el elegido por el interesado o su representante legal y, en último término, uno impuesto de oficio por el propio encargado.

Es decir, por el enfoque exclusivamente procesal del recurso entablado nuestro más alto Tribunal no ha podido entrar a examinar las cuestiones de fondo que planteaba el caso debatido.

2. Pero ¿qué es la transexualidad? y ¿cuáles son los principales problemas jurídicos que suscita? (2).

El síndrome transexual se caracteriza esencialmente por el deseo obsesivo de cambiar de sexo, como consecuencia de un sentimiento íntimo y auténtico de pertenencia al sexo opuesto y de un verdadero disgusto hacia los propios órganos genitales. En el individuo existe un conflicto dramático por la divergencia entre su sexo aparente, masculino o femenino, y el sentimiento profundo e inexplicable que tiene de su género femenino o masculino.

La profunda anomalía del transexualismo permanece limitada al campo sexual y no se extiende a las actividades intelectuales, profesionales y sociales del transexual, de modo que no puede ser considerado como un enfermo mental. Pero tampoco es un homosexual, pues mientras éste busca deliberadamente la ambigüedad sexual, el transexual quiere huir de tal ambigüedad.

El transexual es, por el contrario, casi siempre un travesti, lo que no significa, sin embargo, que todo travesti sea transexual. Para el travesti llevar los vestidos del otro sexo es en sí mismo una fuente de satisfacciones eróticas, mientras que para el transexual el travestismo no es más que la consecuencia lógica de su pertenencia al otro sexo. Pero si el travestismo puede bastar al principio al transexual, éste experimenta después la necesidad de poseer igualmente las características físicas del otro sexo y a ello sólo puede llegarse por medio de una intervención quirúrgica. Y claro está que la posibilidad de que una operación de este tipo envuelva un verdadero cambio de sexo, sólo puede admitirse sobre la base de entender que el sexo es una realidad compleja y que no está determinado de una manera definitiva en el momento del nacimiento.

Para los partidarios del transexualismo el sexo de un individuo resulta de un conjunto de elementos muy variados: genéticos, cromosómicos, cromatínicos, gonádicos, gaméticos, gonofóricos, hormonales, somáticos, psíquicos, sociales... La desarmonía entre algunos de estos elementos puede dar origen a diferentes anomalías sexuales, entre ellas la del estado de transexualidad.

El tratamiento del síndrome transexual puede intentarse a través de una hormonoterapia destinada a corregir el comportamiento psíquico y a permitir la transformación anatómica. Y como los resultados de este tratamiento no son siempre positivos, se puede recurrir a la psicoterapia. Ahora bien, como tampoco ésta asegura el éxito, se dice que el único tratamiento verdadero es, al menos en el estado actual de la ciencia médica, el tratamiento quirúrgico completado por el tratamiento hormonal.

La intervención quirúrgica que parte siempre de la extirpación de los

(2) En la exposición que sigue me he servido fundamentalmente del excelente informe que M. Delvaux, presidente de la Sección Nacional de Luxemburgo, presentó al Bureau de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), celebrado en Nantes en marzo de 1980.

órganos sexuales es extraordinariamente delicada y puede dar lugar a sucesivas operaciones, especialmente en el caso de cambio de mujer a hombre. Hay que reconocer, además, que los resultados de este tratamiento quirúrgico, verdaderamente radical, no parecen ser todo lo satisfactorios que se pensaba.

En todo caso lo cierto es que existe un buen número de transexuales operados y que hay que clarificar su especialísima situación desde el punto de vista jurídico. En este campo las cuestiones fundamentales que se plantean parecen ser las siguientes:

1.º Un problema penal previo: la licitud de la intervención quirúrgica.

2.º Una cuestión de identificación. Al transexual le trastorna llevar un nombre propio que no se corresponde con el sexo a que ha pasado o quiere pasar, sino con el sexo opuesto aborrecible. Sin otra modificación del Registro Civil, el cambio del nombre propio puede ser una solución, aunque sea parcial, a algunos de sus problemas (3).

3.º El problema fundamental de decidir si el transexual operado puede obtener la confirmación oficial del cambio de sexo. Normalmente se tratará de ejercitar una acción declarativa de estado civil, dirigida específicamente a constatar la modificación del sexo. Pero también puede estimarse posible una acción exclusivamente registral de rectificación de error en cuanto al sexo (4).

4.º Aun admitido que se llegue oficialmente a esta constatación del cambio de sexo, queda aún la cuestión muy importante de decidir si el interesado tendrá aptitud para ejercitar todos los derechos derivados de su nuevo sexo (5). La cuestión es especialmente vidiosa con respecto al «ius nubendi» y habrá de resolverse según el concepto que de la institución matrimonial se tenga en cada país. Es obvio que todo transexual intervenido quirúrgicamente, pase al sexo masculino o al femenino, deviene impotente y que esta impotencia para el matrimonio está públicamente reconocida. Permitir las nupcias al transexual con persona del sexo opuesto, pero que a su vez es el sexo originario de aquél, puede repugnar a la concepción tradicional del matrimonio, especialmente si se tiene en cuenta que hay ciertos elementos constitutivos del sexo, como los cromosomas, de imposible variación.

(3) Claro que esta solución únicamente puede estimarse totalmente útil en aquellos países en que los documentos oficiales de identificación de las personas no mencionan el sexo originario. En España el Documento Nacional de Identidad, a diferencia del pasaporte, menciona el sexo, si no explícitamente, sí implícitamente a través de las expresiones «hijo de» e «hija de».

(4) La posibilidad teórica de esta segunda acción estará ligada al concepto que se tenga en cada legislación sobre el error registral. Lógicamente y a no ser que la medicina llegue a admitir un transexualismo congénito, no habrá habido error ninguno inicial en el momento de la inscripción de nacimiento. Pero aún así puede entenderse que el error sobrevenido entra también en la noción de error registral.

(5) Lo que, en cambio, es indudable es que la transexualidad declarada oficialmente no podrá tener eficacia retroactiva con respecto a las situaciones jurídicas anteriores a la operación. El padre seguirá siendo «padre» de sus hijos, aunque haya pasado al sexo femenino...

3. Para revolver estos problemas algunos países como Suecia y Alemania Federal han dictado leyes específicas sobre la materia.

La Ley sueca es de 21 de abril de 1972 y prevé el cambio jurídico de sexo como consecuencia de una intervención quirúrgica destinada a este fin. Su artículo 1.º señala que «el que, desde su juventud, experimente que pertenece a sexo distinto del que aparece inscrito en el Registro parroquial y se comporta en consecuencia y, según toda probabilidad, se seguirá comportando del mismo modo, puede a petición propia obtener la constatación de que pertenece al otro sexo». Se exigen como requisitos especiales que el interesado tenga 18 años, que sea incapaz para la procreación y que sea soltero y de nacionalidad sueca. Se establece que la intervención quirúrgica requiere una autorización administrativa especial que sólo se concede si se cumplen determinadas condiciones legales y contra la cual cabe recurso ante un Tribunal administrativo. Se prevén, en fin, sanciones penales para los que infrinjan las prescripciones de la ley o violen el secreto médico.

La Ley alemana de 11 de agosto de 1980 tiene su antecedente inmediato en una decisión del Tribunal constitucional alemán de 11 de octubre de 1978. Esta decisión estimó que la dignidad humana y el derecho fundamental de libre desenvolvimiento de la personalidad exigen que sea cambiada la indicación del sexo masculino en la inscripción de nacimiento, siempre que, según dictamen médico, se esté en presencia de un caso irreversible de transexualismo y haya sido realizada una operación quirúrgica de adaptación sexual. La sentencia decidió que los Tribunales alemanes están obligados constitucionalmente a decretar el cambio de sexo en la inscripción de nacimiento, basándose en el concepto de rectificación de error previsto en la ley sobre el estado civil de la persona, es decir, que la rectificación alcanza a las indicaciones que han llegado a ser falsas con posterioridad a la extensión del acta. El propio Tribunal constitucional señalaba la conveniencia de que el legislador alemán regulara los problemas relativos al cambio de sexo y sus consecuencias.

Siguiendo esta indicación, la Ley citada establece dos soluciones posibles a las cuestiones sobre transexualidad. Una primera solución es simplemente el cambio de nombre propio. La segunda solución es ya la constatación oficial de que una persona pertenece a sexo distinto del que figura en el acta de nacimiento.

El primer camino —que la doctrina viene llamando pequeña solución— (kleine Lösung)— no requiere ni incapacidad de procrear ni que se haya realizado operación quirúrgica, sino que bastan los siguientes requisitos sustantivos: 1) petición del propio interesado; 2) que lleve tres años en situación de transexualidad; 3) que esta situación sea irreversible; 4) que sea de nacionalidad alemana, apátrida con residencia habitual en Alemania o refugiado extranjero domiciliado en esta nación, y 5) que tenga veinticinco años cumplidos.

La segunda vía —que viene designándose gran solución (grosse Lösung)— requiere, además de estas condiciones, que el interesado no esté casado, que esté afectado por una incapacidad continua para la procreación y que se haya sometido a una intervención quirúrgica que haya modificado sus caracteres sexuales externos, de modo que su apariencia sea la correspon-

diente al otro sexo. Se establece expresamente que, a partir de que la decisión judicial sea firme, los derechos y deberes de las personas son, en principio, los correspondientes a su nuevo sexo, pero que ello no afecta a las relaciones jurídicas existentes entre el transexual y sus padres o sus hijos.

En los países sin leyes especiales sobre la transexualidad subsiste como previo el problema penal de la ilicitud de la operación. Hay que reconocer, sin embargo, que se va extendiendo un ambiente generalizado de tolerancia, por el que no se persiguen «de facto» este tipo de operaciones y, en ocasiones, se aprovechan ciertas disposiciones sobre castración o esterilización o se invoca un estado de necesidad (6). Desde luego es evidente desde un punto de vista teórico que la persona humana está fuera del comercio y que el consentimiento del transexual está afectado de una nulidad de orden público, de modo que no es suficiente para eliminar el carácter antijurídico de la intervención.

En todo caso es indudable que el número de transexuales aumenta y ello explica que sean bastantes numerosas las resoluciones jurisprudenciales que en los últimos años han tenido que enfrentarse con el problema. Caso especial constituye el de Suiza debido a las amplias facultades concedidas a los Jueces por el artículo 1-2 del Código civil suizo, los cuales, como es sabido, a falta de disposición legal aplicable, deciden según las reglas que establecerían si tuvieran que actuar como legisladores. Prevaliéndose de esta facultad, los Tribunales suizos han resuelto afirmativamente en varios casos demandas intentadas por transexuales. En cuanto a la naturaleza de la acción, el Tribunal federal ha afirmado que no se trata de una acción de rectificación del Registro, pues el sexo indicado en la inscripción correspondía perfectamente a la realidad del momento, sino de una acción de estado civil, para el éxito de la cual se viene exigiendo una intervención quirúrgica y un dictamen médico conforme.

En varios países, como Francia y Bélgica, es relativamente frecuente el cambio del nombre propio, justificado por un síndrome de transexualidad, acudiéndose en ocasiones a un nombre ambiguo, indiferentemente empleado para hombre o para mujer, como Dominique, por ejemplo.

En relación con la acción de estado, la jurisprudencia francesa ha apuntado la noción compleja del sexo, no determinado exclusivamente por los cromosomas, aunque, atendiendo al principio de la indisponibilidad del estado civil, dos sentencias del Tribunal de casación de 16 de diciembre de 1975, no accedieron a la modificación verificada por la sola voluntad del interesado. Se cita, sin embargo, que los tribunales inferiores parecen haber ido más lejos y admitido cambios de sexo, cuando por la naturaleza del interesado y otros elementos exteriores, el transexual se ha visto constreñido a transformar su apariencia externa, lo que priva a la operación de su carácter ilícito o artificial (sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Rouen de 22 de mayo de 1978 y sentencia del Tribunal de Apelación de Toulouse de 11 de octubre de 1978).

(6) No tengo datos de que operaciones de esta clase se hayan realizado alguna vez en España. Todos los casos que se han publicado oficialmente se referían siempre a intervenciones quirúrgicas efectuadas en el extranjero.

4. Este rápido repaso a la situación del Derecho europeo sobre el tema resultaría incompleto, sin agregar una referencia a la sentencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 4 de octubre de 1980, que implica un nuevo y quizá peligroso enfoque sobre la cuestión, puesto que tuvo que examinar la cuestión («affaire Van-Oosterwijck») de si la negativa de un Tribunal belga de rectificar el dato del sexo masculino en la inscripción de nacimiento de un transexual de esta nación, que había pasado al sexo opuesto quirúrgicamente, constituía violación de los derechos humanos reconocidos por el Convenio de Roma. Ciertamente que la decisión antes citada del Tribunal constitucional alemán ya apuntaba a este camino dentro del territorio de un Estado, pero aquí se trata del ámbito internacional europeo en el que se desenvuelven el Convenio de Roma de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, firmado con fecha de 4 de noviembre de 1950, y el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, creado por los artículos 38 y siguientes de dicho Convenio, cuyas sentencias se sobreponen de modo absoluto al Derecho interno de cada Estado contratante en los términos que resultan de los artículos 53 y 54 del Convenio. (7).

El «affaire Van Oosterwijck» pasó a conocimiento del Tribunal de Estrasburgo a instancia del Reino de Bélgica y de la Comisión europea de Derechos Humanos. Su origen se encuentra en una demanda individual, amparada en el artículo 25 del Convenio y dirigida a la Comisión por ese transexual que denunciaba la resolución de un Tribunal belga que había denegado la rectificación del sexo en su inscripción de nacimiento. Concretamente el Tribunal debía pronunciarse sobre la cuestión de si el Estado belga había incumplido sus obligaciones respecto de los artículos 8 y 12 del Convenio de Roma, en cuanto el primero establece que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar y el segundo determina que, a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia. En el sentir del interesado la violación del artículo 8 estribaba en el hecho de que la aplicación de la ley belga le obligaría a utilizar documentación no conforme con su identidad real, y la vulneración del artículo 12 resultaba de que la decisión judicial, al permitir que subsistiera una diversidad entre su ser legal y su ser físico, le impediría casarse y fundar una familia.

La sentencia de 4 de octubre de 1980 no entra, sin embargo, a conocer del fondo del asunto, por estimar, por trece votos contra cuatro, que el

(7) Conviene recordar que España ha ratificado este Convenio por Instrumento de 26 de septiembre de 1979 («Boletín Oficial del Estado de 10 de octubre siguiente») y que también ha hecho la declaración prevista en su artículo 25 en el sentido de admitir la competencia del Tribunal para conocer recursos individuales a partir del día 1 de julio de 1981, lo que significa que un transexual español, si estima que una decisión española vulnera sus derechos humanos, podrá solicitar la tutela del Tribunal de Estrasburgo, con independencia de que pueda acudir, en el ámbito interno, a los recursos de amparo ordinario y de amparo constitucional (artículos 53-2 y 161-1 b de la Constitución, Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, de 26 de diciembre de 1978 y disposiciones que la desarrollan, y Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979).

interesado no había agotado las vías de recurso previstas en el Derecho belga contra la decisión discutida, por las razones que no es del caso examinar aquí. Pero es sintomático, no ya el hecho de los cuatro votos disidentes de los Magistrados del Tribunal, sino que previamente la Comisión de Derechos Humanos, en su informe de 1 de marzo de 1979, había entendido que se habían violado el artículo 8 del Convenio (por unanimidad), y el artículo 12 del mismo (por siete votos contra tres).

No puedo por menos de mostrar mi extrañeza y mi repulsa contra esta opinión de los expertos en Derechos Humanos de toda Europa. Parece que han olvidado la antijuricidad penal de la operación quirúrgica, según el criterio existente en muchos países y también en Bélgica; y aunque la operación en sí no esté castigada por la ley, no me cabe duda de que en el plano moral objetivo, salvando todo lo que haya que salvar en el campo personal, una operación de ese tipo es ilícita y más aún un acto «contra natura», que dudosamente puede verse justificado por motivaciones psicológicas individuales que pretenden se trata más bien de un error de la naturaleza que hay que procurar corregir.

Entender que un acto contra naturaleza puede ser el origen de derechos humanos es, a mi juicio, inconcebible. Aparte de que si el particular se ve con problemas de identificación y de acceder al matrimonio, ello no es sino una consecuencia de su libre voluntad. Antes de la operación quirúrgica nadie le había negado sus derechos fundamentales.

No debe olvidarse, en fin, que médicamente no es nada claro que la operación suponga verdadero cambio de sexo; el sujeto sigue en una situación de ambigüedad sexual o de intersexualidad, pues los elementos internos del sexo no han variado, lo que explica que no es nada seguro estadísticamente el éxito meramente externo de la operación, aparte de su indudable peligrosidad.

Todo lo anterior no significa que no haya que buscar vías de solución al problema de la transexualidad, pero, repito, pretender que esta situación sea una nueva fuente de Derechos Humanos creo que es un verdadero abuso de su concepto, sólo explicable en un ambiente exagerado de individualismo y de subjetivismo, con olvido absoluto de toda norma objetiva de moral o de ética superior. Y es que si el concepto de derecho subjetivo se desliga de la noción previa fundamental del deber jurídico, algo falla en el sistema positivo y los excesos a que puede llegarse bien están a la vista (8).

5. Hay que partir de la base de que, desde el punto de vista penal y como la operación quirúrgica supone siempre mutilación de la persona, constituye un delito, conforme el artículo 418 del Código penal vigente, que debe ser perseguido siempre que la intervención se haya realizado dentro del territorio español.

Desde el punto de vista del Derecho civil, que es el que especialmente nos interesa aquí, el cambio de sexo de una persona, derivado de una operación quirúrgica de transexualidad, es indudablemente una cuestión de

(8) Sobre la primacía del concepto del deber jurídico sobre el de derecho subjetivo, puede consultarse DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, tomo I, págs. 552 y ss., Madrid, 1949.

estado civil, que podrá ser objeto de una demanda judicial por la vía de una acción de reclamación de estado, la cual producirá también, si la sentencia es firme, la rectificación del acta de nacimiento del interesado en el Registro Civil.

La acción en cuestión seguirá los trámites del juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 483-3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el artículo 92 de la Ley del Registro Civil. Este último precepto precisa que «la demanda se dirigirá contra el Ministerio Fiscal y aquellos a quienes se refiere el asiento que no fueren demandantes» (9).

Hay que tener en cuenta, además, que el artículo 93-2.º de la Ley del Registro Civil permite también que el Juez Encargado del Registro Civil (cfr. art. 343-1.º Reglamento Registro Civil) ordene la rectificación por la vía de un simple expediente gubernativo de «la indicación equivocada del sexo cuando igualmente no haya duda sobre la identidad del nacido por las demás circunstancias». Desde luego este camino será posible cuando, por un motivo cualquiera, se haya cometido un error en la consignación del sexo en el momento de extenderse el asiento del nacimiento, y también será viable el expediente cuando, por una especial situación de intersexualidad aparente, el sexo de la persona no queda claramente determinado hasta la edad de la pubertad, como reconoce implícitamente una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de febrero de 1967. Es, en cambio, discutible —y así se dice expresamente en otra Resolución de 9 de junio de 1979— que sea factible la vía del expediente gubernativo para un error en cuanto al sexo que pudiéramos llamar «sobvenido» por consecuencia de la operación médica de transexualidad. En el momento de extenderse el asiento no hubo error alguno al concretar el sexo y, como se vio antes, la jurisprudencia suiza señala este mismo argumento para rechazar la vía de la rectificación de errores registrales.

Independientemente de esta cuestión procedimental, el problema fundamental es, claro está, determinar si será posible en España por la vía judicial ordinaria la constatación oficial del cambio de sexo del transexual operado.

La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 15 de septiembre de 1980 hace referencia a este caso que llegó al Tribunal Supremo, y también a una sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Málaga, iniciada por virtud de demanda del mes de diciembre de 1978 y dictada al año siguiente en fecha que no se concreta. Se trataba también de una persona inscrita como varón con *síndrome transexual femenino*, operada quirúrgicamente en Londres y que solicitaba la rectificación de su sexo masculino oficial. La sentencia del Juzgado acogió la demanda, atendiendo a este hecho y a la psicología netamente femenina del demandante, a pesar de que las pruebas médicas demostraban que la dotación cromosómica del interesado era la normal de varón. La Memoria de la Fiscalía General del Estado hace referencia a que el fundamento de la sentencia está en relación

(9) Consiguientemente, pues, los padres del nacido, a pesar de que esta exigencia procesal no se tuvo en cuenta para nada en la Sentencia del Tribunal Supremo que he venido comentando.

con los derechos de la personalidad, consagrados en la Constitución, que pueden llevar a la consecuencia de que nadie puede ser obligado a mantenerse dentro de los márgenes de un sexo que psíquicamente no le corresponde o que, incluso, le repele, citando algunas sentencias italianas que han seguido, al parecer, esta tesis.

La sentencia del Juzgado de Málaga no fue objeto de apelación y, en consecuencia, se rectificó en el acta de nacimiento del demandante el dato sobre su sexo, con todos los efectos jurídicos que pueden derivarse de tal alteración.

Este es, pues, el único caso de que en España hay noticia en el que el síndrome del transexual operado recibe consagración oficial. Pero he de insistir en que, por lo antes dicho, buscar el fundamento del fallo en los Derechos del hombre o en los derechos de la personalidad me parece un camino equivocado y peligroso. Debo aclarar que, en teoría, que la situación especial del transexual intervenido quirúrgicamente llegue, de un modo, u otro, a tener acceso al Registro Civil, me parece deseable y lógico, pues tal situación tiene relación directa con el estado civil de la persona y, más concretamente, con su identificación ante sí mismo y ante los demás. Lo que ocurre es que, mientras no se dicten disposiciones legales sobre la cuestión, rectificar el dato del sexo parece una medida total y exagerada, tanto en cuanto a la realidad del cambio mismo como en cuanto a sus consecuencias jurídicas, pues no puedo creer que el transexual sea capaz de contraer un auténtico matrimonio, al menos en el sentido tradicional de esta institución que es de esperar no se desvirtúe.

He de referirme, por último, a la posible aplicación en España de «la pequeña solución» del Derecho alemán, es decir, al cambio del nombre propio del transexual como camino indirecto para resolver exclusivamente el problema de su identificación. Dos Resoluciones de la Dirección General de los Registros, de 9 de junio de 1979 y de 22 de mayo de 1981, dictadas ambas por delegación del Ministro de Justicia, aclaran suficientemente esta cuestión.

La primera de estas Resoluciones trataba del caso de un español residente en el extranjero que ante el Consulado de España correspondiente a su domicilio inició el expediente gubernativo oportuno de cambio de nombre para que se le concediera el de Asunción en lugar del de varón que figuraba en su inscripción de nacimiento. En la instancia el interesado exponía los siguientes hechos: 1.º Que, aunque fue inscrito su nacimiento como varón y más tarde contrajo matrimonio del que ha tenido dos hijas, lo cierto es que desde que empezaron a mostrarse los primeros signos diferenciadores de su personalidad, en su fuero interno se sintió inclinado a todo lo femenino, con cuyos rasgos característicos se identificó, pensando y sintiendo en mujer. 2.º Que, no obstante, por la educación recibida y el medio que le rodeaba, se sintió obligado a comportarse como hombre y así lo hizo, hasta el punto de constituir una familia, y 3.º Que, cuando sus hijas fueron mayores, consideró que podía empezar a desarrollar su vida con arreglo a su propio sentir y a su verdadera identidad, por lo que decidió intervenirle quirúrgicamente, operación tras la cual ha quedado totalmente definido su sexo femenino (lo que probaba con la certificación

médica que acompañaba), por lo que en su deseo de fundirse totalmente con su verdadera personalidad, empezó a identificarse ante terceras personas con el nombre de Asunción, que es con el que, actualmente es conocido y que eligió, además de por su gusto personal, por ser un hombre que indistintamente es usado tanto por varones como por mujeres, de modo que su petición no es caprichosa, ya que desea vivir en armonía con su real personalidad.

Este caso tan singular fue decidido negativamente por la Resolución citada de 9 de junio de 1979, atendiendo a estos dos argumentos: «Que, con arreglo a los artículos 54 de la Ley del Registro Civil y 192 de su Reglamento, están prohibidos los nombres propios que hagan confusa la identificación o que induzcan a error en cuanto al sexo» y «que, por lo tanto, habrá de rechazarse la atribución del nombre de «Asunción» a una persona cuyo sexo, según la inscripción de nacimiento, es el masculino, mientras no se rectifique este dato por los procedimientos oportunos». Se deja, finalmente, a salvo el derecho del interesado para pedir la rectificación del sexo en juicio declarativo ordinario de mayor cuantía y se indica que es discutible que esta rectificación pueda ser lograda en expediente gubernativo.

Una matización de esta doctrina se contiene, sin embargo, en la otra Resolución citada de 22 de mayo de 1981, dictada de conformidad con el Consejo consultivo de la Dirección General. Se trataba ahora precisamente del mismo transexual recurrente en la repetida sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1980, que acudía en esta ocasión a la vía del expediente gubernativo para solicitar el cambio de su nombre, Eduardo, propio de varón, por el de Trinidad. Los antecedentes de hecho han quedado antes reflejados y no hay por qué repetirlos. Sólo conviene indicar que el interesado alegaba y probaba por declaración de testigos que desde su adolescencia venía siendo conocido habitualmente por el nombre propio solicitado o en sus formas de «Trini» o de «La Trini» y que este nombre es uno de los pocos que existen en castellano utilizados indistintamente por hombres y por mujeres. El Ministerio Fiscal, en su dictamen, y el Juez Encargado, en su auto-propuesta, se mostraron favorables a la solicitud, atendiendo a las especiales circunstancias del caso y al carácter ambiguo del nombre propio pretendido.

La Resolución acepta estos argumentos y autoriza, en consecuencia, el cambio del nombre Eduardo por el de Trinidad, desarrollando aquéllos del modo siguiente: «que, como cuestión previa, debe decidirse si está prohibido, para el inscrito como varón, el nombre propio pretendido Trinidad, puesto que si así lo fuera por aplicación de las reglas sobre imposición de nombres propios de los artículos 54 de la Ley y 192 del Reglamento, es obvio que no podría obtenerse por esta vía del cambio gubernativo aquel nombre prohibido»; «que por aplicación de los artículos citados hay que rechazar los nombres propios que hagan confusa la designación por inducir a error en cuanto al sexo, pero esta prohibición —que como todas en esta materia ha de interpretarse restrictivamente para no coartar sin fundados motivos la libertad de que deben gozar los particulares (cfr. Circular de 2 de julio de 1980)— ha de entenderse referida a aquellos nombres que inequívocamente designan el sexo opuesto, como si se pretendiera atribuir

a un varón el nombre de Juana o a una hembra el de Juan, pues éstos son los que inducirían a confusión a la entera sociedad española, pero no hay motivos suficientes para extenderla a aquellos nombres que en el uso social de numerosas regiones españolas se emplean indistintamente para hombre o mujer, como es el caso de Trinidad, pues, cuando esto ocurre, no queda en el sentir popular claramente identificado por consecuencia del nombre propio el sexo de la persona, ni tampoco hay razones para proscribir vocablos existentes o de fantasía, que resulten ambiguos para uno y otro género»; y «que, por lo demás y a la vista de las circunstancias del caso, hay que concluir que la petición tiene justa causa y no aparece perjuicio de tercero, de modo que se cumplen los requisitos exigidos para el cambio por el artículo 206 del Reglamento».

JESÚS DÍEZ DEL CORRAL RIVAS

*Letrado de la Dirección General de los Registros
y del Notariado*

II. SENTENCIAS

A cargo de Antonio CABANILLAS SANCHEZ, Jesús DIEZ DEL CORRAL RIVAS, Pedro ELIZALDE AYMERICH, Gabriel GARCIA CANTERO, Angel LUCINI CASALES y María de los Angeles MANZANO CEJUDO.

I. DERECHO CIVIL

1. Parte General

1. *Alcance derogatorio de las leyes. Unidades mínimas de cultivo.*—El espíritu derogatorio de una Ley ha de alcanzar, si la nueva no dijese expresamente lo contrario, a las disposiciones de inferior rango dependientes de la derogada, como lo son las aclaratorias, complementarias o dictadas para ejecución de la misma, y esta condición tiene la Orden Ministerial de 27-5-58 que señala las extensiones mínimas de cultivo, en secano y riego, en relación con la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12-1-73 que derogó la de 15-7-54, en desarrollo de la cual se dictó la mencionada O. M. de 1958. (Sentencia de 10 de mayo de 1980; no ha lugar.)

2. *Cuestión nueva.*—Es ahora cuando se utiliza por vez primera, no habiéndolo sido en el pleito precedente, por lo que constituye una cuestión nueva, que tiene vedado su acceso a la casación.

Invocación del artículo 1.281 del Código civil en casación.—No puede prosperar el motivo del recurso, porque no se ha precisado el párrafo del artículo 1.281 del Código civil a que se contrae la denuncia, cuando los dos párrafos que el precepto contiene son contradictorios entre sí.

Interpretación del contrato por el Tribunal de Instancia.—Es criterio jurisprudencial que en materia interpretativa tiene que prevalecer la dada por el Tribunal de Instancia, a menos que se evidencie que es absurda, contradictoria o vulnera algún precepto legal.

Interpretación de la ley. Significado del artículo 3.º, apartado 1, del Código civil.—La normativa de interpretación legal que dicho precepto contiene es genérica, de suyo, valiendo como pauta hermenéutica solamente en conexión con algún precepto concreto, respecto del cual aquella regla no ha sido observada, lo que para nada se hace por el recurso. (Sentencia de 12 de mayo de 1981; no ha lugar.)

NOTA.—En el motivo 3.º del recurso de casación se alega violación del artículo 3.º, apartado 1, del Código civil. Como hemos visto, nuestro Tribunal Supremo rechaza este motivo, debido al carácter genérico de la normativa de interpretación legal que dicho precepto contiene.

A nivel doctrinal, la cuestión planteada ante el Tribunal Supremo ha sido examinada por diversos autores. Véase el estudio del profesor DE CASTRO, «*Naturaleza de las reglas para la interpretación de la Ley. Consideraciones en torno al artículo 3.º, apartado 1, del Código civil*», que ha sido publicado en este ANUARIO, 1977, IV, pp. 811 ss. De particular interés son las consideraciones que este autor hace sobre el artículo 3.º y el recurso de casación (pp. 846-847), pues se refiere al problema que se plantea en la sentencia que anotamos. Téngase también en cuenta la opinión de los profesores DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, Madrid, 1981, en el epígrafe relativo a la interpretación de las normas jurídicas.

En relación con la doctrina jurisprudencial que afirma la preferencia en la casación de la interpretación del contrato que ha hecho el Tribunal de instancia, véase nuestra nota a la Sentencia de 11 de diciembre de 1978 (en este ANUARIO, 1979, IV, p. 981) y PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II-1.º, *Doctrina General del Contrato*, 1954, pp. 305-307.

A. C. S.

3. *Factor notorio. Requisito de dependencia.*—La figura del «factor notorio» requiere como presupuesto primordial la relación de dependencia entre el comerciante y la persona que le auxilia, sin que pueda decirse que interviene este elemento cuando las decisiones de instancia sostienen de forma irrefutable que no existió situación de empresario y empleado en el caso examinado.

Doctrina de los actos propios. Identidad subjetiva.—El principio de derecho que veda actuar contra los propios actos requiere la perfecta identidad entre la persona a quien se atribuye la conducta encaminada a crear, modificar o extinguir una relación jurídica y el sujeto que luego adoptó una posición discrepante, o bien que, siendo personas físicamente distintas, sean imputables a un mismo centro de interés el acto precedente y la pretensión ulterior.

Abuso de derecho. Exigencia de «animus nocendi».—No puede imputarse intención dañosa al arrendador que, al amparo de los preceptos legales, defiende las facultades de su dominio frente a la conducta antijurídica del arrendatario, pues, como ha declarado la jurisprudencia, no actúa abusivamente quien utiliza su derecho respondiendo al mismo criterio finalista que inspira a la norma legal y, concretamente, tampoco el arrendador que demanda la resolución del arrendamiento, cualquiera que sea la causa esgrimida. (Sentencia de 18 de mayo de 1981; no ha lugar.)

NOTA.—En relación con el último punto abordado se citan las Sentencias de 9 de marzo de 1963, 13 de julio de 1966, 11 de abril de 1967 y 18 de noviembre de 1967, 20 de enero y 1 de marzo de 1968; además las de 5 de abril y 5 de julio de 1948, 26 de octubre de 1963, 19 de abril de 1965 y 20 de diciembre de 1966, sobre la acción resolutoria del arrendador.

P. E. A.

3. Obligaciones y contratos. Daños.

4. *Oferta de contrato y tratos preliminares. Perfección del contrato.*—Aun siendo frecuente que el proceso formativo del contrato se inicie con exploraciones, contenidas en tratos preliminares o conversaciones previas que los interesados mantienen sin fuerza vinculante antes de decidirse a

la declaración del negocio y mediante las cuales se comunican sus respectivas aspiraciones, es bien distinto de la oferta en cuanto declaración de voluntad de naturaleza recepticia, como tal dirigida al otro sujeto y emitida con un definitivo propósito de obligarse si la aceptación se produce, surgiendo en consecuencia el consentimiento por la coincidencia de oferta y aceptación. Los tratos preliminares desaparecieron una vez cumplida su misión en el momento que en el iter contractual se llegó a formular una proposición final, con todas las notas de una verdadera oferta. Realizada la oferta o propuesta conteniendo todos los requisitos necesarios para el futuro contrato («essentialia negotii»), que en este caso serán cosa y precio, el contrato se genera en su perfección con el asentimiento de la otra parte, manifestando su aceptación a los términos en que aquella declaración ha sido hecha por el oferente y alcanzándose en suma el «in idem placitum» o punto de conjunción de los contrapuestos intereses que es el acuerdo determinante del consentimiento, cuya suficiencia para la perfección del negocio viene proclamada por el artículo 1.254 del C. c.

Oferta de contrato. Requisitos y caracteres.—La manifestación de voluntad reúne todos los requisitos precisos para tenerla por oferta, cuando es completa, definitiva y hecha con la inequívoca intención de vincularse contractualmente, notas características de la figura.

Forma del contrato. Valor «ad solemnitatem» del documento atribuido por pacto expreso y por un uso negocial. Alegación y prueba del uso negocial. En el caso debatido no aparece ni se indica que hubiera existido pacto alguno subordinando la perfección contractual a la observancia de una forma determinada, por lo que el vínculo negocial ha nacido, como lo impone la índole consensual de la contratación, una vez acordadas las declaraciones de voluntad de ambos sujetos, con independencia de la ulterior documentación del contrato. Por otra parte, no se ha probado, ni siquiera alegado oportunamente, la existencia de un uso, con el valor de fuente integradora del contrato, que atribuya al requisito de la forma valor «ad solemnitatem» en la compraventa de inmueble, y ya tiene declarado el Tribunal que el artículo 1.287 del C. c. sólo es aplicable en el supuesto de que el uso o costumbre exista y se demuestre con eficacia para determinar la solución de la cuestión litigiosa. Y por ello se impone la aplicación de la regla general de la libertad de forma y de primacía del consentimiento en el campo del derecho de obligaciones, puesto que la compraventa de bienes inmuebles no es negocio formal ni en consecuencia el otorgamiento de escritura cobra valor de requisito del negocio o de forma «ad substantiam», como proclama el principio espiritualista que acoge el C. c. en sus artículos 1.254, 1.258, 1.261 y 1.278, exigiendo forma especial sólo para determinados contratos, pero sin afectar a la validez y a la plena eficacia entre los contratantes, según preceptúa el artículo 1.279, cuya norma no se modifica, sino que se complementa con la enumeración del artículo 1.280, al margen, claro es, de los supuestos singulares excluidos de ese sistema general, en que opera la llamada forma solemne legal y consiguiente necesidad de la documentación para alcanzar la perfección contractual.

Interpretación del contrato.—Constituye facultad privativa de la Sala de Instancia la labor interpretativa de las declaraciones contractuales y la fija-

ción de su significado, de tal modo que el resultado que el juzgador establece no puede ser sustituido por el criterio del recurrente a menos que el primero aparezca como manifiestamente desacertado o quebrante alguna de las reglas de hermenéutica establecidas en el C. c. (Sentencia de 10 de octubre de 1980; no ha lugar.)

5. *Interpretación del contrato.*—Si bien el alcance y significación de la interpretación de los contratos es materia que puede llegar a la casación al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando, como en este caso, no se combate la apreciación de los hechos, sino la de carácter jurídico, la interpretación dada por el Tribunal «a quo» ha de sostenerse cuando no incide en equivocación evidente, aun cuando cupiese alguna duda acerca de su absoluta exactitud, debiendo también atenderse, desde otro aspecto, a que la intención común de los contratantes en que se fundamente este motivo no es la unilateral del recurrente, sino la basada en la voluntad bilateral o «común» de ambas partes, quedando por tanto excluida, como regla general, la mera voluntad «interna» de cualquiera de ellas o de las dos, que puede servir, no obstante, para concretar aquella voluntad común, por lo que, como se declaró últimamente en la sentencia de esta Sala de 6 de febrero de 1981, la voluntad interna de un contratante no tendrá efecto si por su declaración o manifestación el otro contratante entendió cosa distinta, según los usos y la buena fe, dirección objetiva que conduce a que en casos como el debatido sean los Tribunales los que hayan de pronunciarse acerca del sentido que ha de darse a los pactos convenidos a tenor de las normas aplicables a su texto prefijado, todo lo que abunda en mantener la interpretación dada a los pactos discutidos por el Tribunal de Instancia. (Sentencia de 13 de abril de 1981; no ha lugar.)

6. *Interpretación de contrato simulado.*—La conclusión de que el contrato fue un arrendamiento y no una venta de inmueble ha de mantenerse, por demostrar una exégesis lógica que no infringe las normas del C. c. sobre interpretación de los contratos, ya que por mutuo acuerdo de las partes, el vendedor dejaba completamente al arbitrio del comprador incluso el efecto sustancial e indispensable de la compraventa, que es la adquisición de la cosa que se aparenta vender y, por otra parte, tal interpretación atendió a la realidad social del tiempo actual en que, en numerosos casos, para eludir la prórroga forzosa que la Ley especial arrendaticia urbana impone a los contratos de esta clase, se simula la celebración de un contrato de compraventa.

Impugnación de la calificación del contrato simulado.—La simulación es una cuestión de hecho sometida a la libre apreciación del Tribunal de Instancia, y tal apreciación sólo puede ser impugnada en el recurso de casación a través del número 7 del artículo 1.692 de la LEC, si bien los defectos de juicio crítico sobre aquellos hechos en que se apoya la simulación apreciada pueden acusarse a través del número 1 del mismo artículo.

Distinción entre negocio simulado y negocio en fraude de Ley.—El negocio simulado, supuesto contemplado en la litis, fue sólo querido aparentemente,

pues lo que se pretendía en realidad era celebrar el negocio encubierto, mientras el acto en fraude de Ley es en sí querido y lo único que pretenden los interesados es evitar la aplicación de una norma dictada para otro negocio, respetando su letra, pero contraviniendo su espíritu. (Sentencia de 15 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

7. *Valor probatorio de los documentos privados (reconocidos legalmente).* Los documentos privados mediante un reconocimiento legal tienen el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubieren suscrito y sus causahabientes, con el efecto de prueba contra tercero el hecho que motiva su otorgamiento y la fecha de éste, así como contra los contratantes y sus causahabientes en cuanto a las declaraciones que en ellos hubieren hecho los primeros.

Falta de representación para contratar y ratificación.—Si bien es cierto que el contrato celebrado a nombre de otro, por quien no tenga su representación, tiene vicio de nulidad, por faltar el consentimiento de la persona para quien se contrata, según tiene reiteradamente declarado la Sala; sin embargo, cuando esa persona lo ratifica, como esta ratificación hace aparecer con posterioridad el elemento esencial que faltaba, al consentir su subsana esa falta de representación, se considera entonces el contrato o, en general, el negocio jurídico, como válido y eficaz, por admitirlo los artículos 1.259, 1.313 y el párrafo 2.º del artículo 1.727 del C. c., con la consecuencia de que el negocio concluido en nombre de una determinada persona sin poder de representación de ésta, o con extralimitación de poder, pueda ser ratificado por la persona a cuyo nombre se otorgó, dado que esa posibilidad de ratificación imprime un carácter especial al negocio en que la representación interviene, haciendo de él no un acto propiamente inexistente, sino un negocio jurídico en estado de suspensión subordinado a una «conditio juris», de tal modo que, en definitiva, si la ratificación se produce, se considera el negocio como válido y eficaz desde el principio y en contra del representado, al purificarse según el conocido brocardo «*rati habitio mandato comparatur*», aunque con la salvedad de que los efectos retroactivos del negocio lo hayan de ser sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos en el interior por terceros, o sea, afectando sólo a las partes en el contrato, pero no a los terceros a quienes la Ley reconozca un derecho pendiente de la consumación de éste.

Publicidad de las servidumbres aparentes.—Siempre que los signos de servidumbre sean ostensibles e indubitados, esa apariencia exterior constituye una publicidad equivalente a la inscripción. Aun cuando el párrafo 1.º del artículo 13 y el artículo 38 de la L. H. exijan la inscripción en el Registro correspondiente de los derechos limitativos del dominio para que puedan gozar de los beneficios de la fe pública registral, no están facultados para invocar la cualidad de terceros a estos fines quienes adquieren bienes gravados con servidumbre de cuya existencia, con signos ostensibles, no se puede dudar, aun cuando no hubieran tenido acceso al Registro. (Sentencia de 23 de octubre de 1980; no ha lugar.)

8. *Error de hecho en la apreciación de la prueba que resulta de documentos auténticos.*—El documento auténtico, según reiteradísima doctrina:

legal, ha de bastarse por sí mismo, o por lo que contiene, para acreditar el error, sin precisar para la producción de ese terminante efecto probatorio de interpretación, deducción o inferencia alguna.

Reconocimiento de firma y autenticidad de un documento.—1) La aplicación indebida del artículo 1.225 del C. c., por haber dado valor al documento de autos ante el reconocimiento judicial de la firma, pero no de su contenido, debería haberse enfocado por la vía del error de derecho. 2) Según reiterada doctrina del Tribunal, cuando una obligación aparece suscrita por una persona a quien afecta su cumplimiento, hay que admitir como presunción «iuris tantum» que la firma demuestra la conformidad de quien la puso, sobre todo si no se ha tachado de falsa.

Impugnación de calificación jurídica.—Refiriéndose el criterio del recurrente a la interpretación y calificación jurídica del vínculo y contenido contractual y no aduciéndose en el motivo precepto alguno de hermenéutica que haya sido desconocido por la Sala de Instancia, a la calificación de ésta habrá que estar, por no serle lícito al recurrente sustituir con su criterio al más objetivo de la sentencia impugnada, ni establecer otro supuesto de hecho normativo sin basamento probatorio.

Incumplimiento de contrato. Artículos 1.091 y 1.101 C. c.—No hubo incumplimiento, pues si bien se dieron ciertas pequeñas conductas incumplidoras en ambos contratantes, jamás denunciadas por la parte, que sólo lo alega al contestar la demanda, ello quedó sanado por el deudor recurrente al dar con su firma conformidad al saldo final liquidatorio del contenido económico del contrato.

Exigencia del pacto expreso de solidaridad.—Es doctrina reiterada de la Sala que no ha de hacerse en términos de rigidez y literalidad si del texto de la obligación, según la excepción con que se inicia el artículo 1.138 del Código civil, se infiere y puede deducirse su carácter solidario de la voluntad de los contratantes, cuando ésta se dirige a crear una unidad en la obligación y una responsabilidad «in solidum» de los cointerésados. (Sentencia de 2 de junio de 1980; no ha lugar.)

9. *Voluntad deliberadamente rebelde al pago del precio.*—Según reiterada Jurisprudencia, los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil se complementan. Al ser el segundo de ellos, la especie concreta para el supuesto de bienes inmuebles, de la facultad genérica que se establece en el primero de ellos para toda clase de obligaciones bilaterales. De forma que el éxito de la acción resolutoria requiere además del incumplimiento del pago del precio convenido, la concurrencia en el comprador de una voluntad deliberadamente rebelde a esa obligación de pago. La fijación de los hechos determinantes de esa rebeldía corresponden a los juzgados de instancia. (Sentencia de 28 de febrero de 1981; no ha lugar.)

HECHOS.—Resolución de un contrato de compraventa de un apartamento por incumplimiento del pago del precio convenido. El Tribunal de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Territorial confirma la sentencia dictada por el juez de Primera Instancia.

10. *Documento auténtico.*—Ha de tenerse en cuenta que tales documentos no pueden tener la consideración de auténticos, según tiene declarado cons-

tante doctrina jurisprudencial de esta Sala, a efectos de casación, dado que son los básicos sobre los que ha girado la discusión en relación con una de las cuestiones del debate litigioso, cual es la de la indemnización de daños y perjuicios que, como consecuencia de la resolución contractual instada en la demanda, también se solicita.

Resolución del contrato.—No puede resolver el vínculo contractual el contratante que ha incumplido las obligaciones que estaba obligado a cumplir, siendo además reiterada doctrina de esta Sala que ha de estarse en casación a lo resuelto por la Sala de Instancia sobre quien ha incumplido el contrato, mientras no se impugne por la vía del número 7.º del citado artículo 1.692 de la Ley de Trámites.

Conclusiones del Tribunal de Instancia.—No cabe olvidar, como declara la Sentencia de 14 de noviembre de 1978, que las conclusiones que el Tribunal «a quo» pueda obtener de hechos determinados no pueden ser impugnadas con el simple alegato de conjeturas o deducciones que haga interesadamente la parte recurrente. (Sentencia de 21 de marzo de 1981; no ha lugar.)

11. *Promesa de venta con objeto indeterminado y precio incierto.*—Ni hubo objeto determinado, pues los demandados contraían el compromiso o promesa de venta de entregar al actor un polígono de terreno en finca de aquéllos, lindante con una zona verde a determinar con el Ayuntamiento, cuya decisión no se ha producido, ni, por tanto, precio cierto, al hacerlo depender de la extensión que alcanzase dicho polígono, por lo que el convenio no llegó a perfeccionarse. (Sentencia de 30 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

12. *Documento auténtico a efectos de casación. Acta notarial de requerimiento.*—Tiene la condición de documento auténtico el acta notarial en que se solemnizan los términos del requerimiento efectuado por el demandante, en cuanto es demostrativo, no de la veracidad intrínseca, sino de los precisos términos empleados por los intervinientes y de los que da fe el notario.

Requerimiento. Contenido y efectos.—Redactada el acta «conforme a minuta presentada», se garantiza su conformidad a lo querido por el requerente, que no es la resolución del contrato, sino que insta del comprador el inmediato pago.

Artículo 1.504 del Código civil. Contenido del requerimiento.—El requerimiento de obstar al pago ha de ser diferente y previo a la demanda y tiene el valor de intimación referida no al pago, sino a que se allane el comprador a resolver la obligación y no ponga obstáculos, sin que sea suficiente para el efecto resolutorio la simple mora en el pago del precio.

Aplicación del artículo 1.504 del Código civil. Requisitos.—Ha de ponderarse su especialidad, que no basta para suprimir la doctrina recaída en torno al genérico artículo 1.124, concretamente la exigencia de que concurra una voluntad obstativa al cumplimiento, un propio incumplimiento imputable al deudor, sin que sea suficiente el estado de mora y funcionando el requerimiento del artículo 1.504 como un «plus» para garantía del comprador. (Sentencia de 30 de marzo de 1981; ha lugar.)

13. *Variación unilateral del contenido de un contrato de arrendamiento adjudicado en concurso.*—Las actas de la adjudicación definitiva no pueden considerarse desvinculadas del comportamiento contractual del Estado. La voluntad del Estado como futuro arrendatario, pese a esa adjudicación definitiva, comprensiva de la oferta y aceptación, se muestra desacorde al llegar el momento de la consumación contractual, en tanto limita, recorta y disminuye sustancialmente el objeto del contrato y, en el ejercicio de un «ius variandi» improcedente, modifica el contenido de esa adjudicación definitiva, al intentar constreñir a la otra parte al cumplimiento de lo no previsto y querido, entendiéndose como adjudicación definitiva no sólo el acta en cuestión, sino la versión que el Estado hacía de ella al exigir a la otra parte el cumplimiento en los términos propuestos en el requerimiento para la firma del contrato.

Variación unilateral. Falta del concurso de la oferta y la aceptación.—La variación unilateral operada por la Administración respecto del objeto contractual, al limitar su voluntad y consentimiento a una mínima parte de éste, es de tal enjundia de equivale a la desaparición del contrato no sólo objetivamente, sino en el plano subjetivo del interés de la otra parte —defraudada así en su confianza y expectativa negocial—, con lo que también falta el concurso de oferta y aceptación sobre la cosa. (Sentencia de 19 de junio de 1980; no ha lugar.)

NOTA.—El pleito versa sobre un concurso organizado por la Administración del Estado para arrendar unos locales para establecer en ellos varias delegaciones provinciales distintas. Concurren los demandados ofreciendo unos locales de más de 5.000 metros cuadrados y se les adjudica el concurso. Más tarde el Estado pretende formalizar el contrato sólo para la Delegación de Agricultura respecto de 1.200 metros cuadrados

A. L. C.

14. *Procedimiento adecuado para la reclamación de renta de un arrendamiento de nave industrial una vez extinguido el contrato.*—Extinguido el pacto locativo con mucha anterioridad a la presentación de la demanda, los procedimientos de la LAU no son los adecuados para reclamar el pago de las rentas, pues la obligación de pagar a que se refiere nace del artículo 1.555 del C. c. y se rige por las normas del juicio ordinario correspondiente —no obstante lo establecido en el artículo 56 de la LAU— y estando comprendida la acción en el artículo 151 de la LAU tiene que ser sustanciada conforme a lo dispuesto en las leyes procesales comunes. (Sentencia de 8 de abril de 1980; no ha lugar.)

15. *El «leasing» o arrendamiento financiero. Interpretación del contrato.* La afirmación hecha por el Tribunal de Instancia de que el negocio celebrado es un *leasing* o arrendamiento financiero, constituye una premisa incólume en el recurso, ya que la valoración material realizada no ha sido reprobada por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni utilizado su número 1.º para alegar desconocimiento de las normas que disciplinan la exégesis contractual en los artículos 1.281 y siguientes del Código civil, sin olvidar la constante jurisprudencia respecto

a que la interpretación y calificación de un negocio son cometidos atribuidos propiamente a la Sala de Instancia, sólo rectificables en casación cuando manifiestamente han sido vulneradas las normas interpretativas o los resultados pugnan con el recto criterio.

La naturaleza del «leasing» financiero.—Aun cuando alguna opinión en la esfera de la doctrina científica asimila en sus efectos el llamado *leasing* financiero a la compraventa a plazos con reserva de dominio, no parece posible predicar identidad de naturaleza entre ambas figuras, antes bien, ya se entienda que el *leasing* constituye un negocio mixto en el que se funden la cesión del uso y la opción de compra con causa única, ora que se trata de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reconducidos a una unidad esencial, el parecer más autorizado, y desde luego mayoritario, lo conceptúa de contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, lo que lleva a concluir que si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el *leasing* opere como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos, lo que permitiría la aplicación del artículo 2 de la Ley de 17 de julio de 1965, habrá de ser excluida esta normativa como ajena que es a la intención y querer de las partes y no venir estructurado el arrendamiento financiero o *leasing* como si fuera una compraventa de aquella modalidad, pues la finalidad económica respectivamente perseguida por una y otra operación es distinta.

Simulación relativa. Aplicación de la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles.—Puede ser apreciada una hipótesis de simulación relativa cuando se prueba que bajo el velo de un *leasing* financiero late un evidente negocio de venta a plazos de bienes muebles, como acontece en el caso contemplado por la sentencia de esta Sala de 28 de marzo de 1978, que mantuvo la calificación jurídica hecha en la instancia sobre la índole negocial, atendidas «las condiciones particulares» del contrato entonces estudiado.

La distinción entre el «leasing» financiero y el «leasing» operativo.—A diferencia del denominado *leasing* operativo, que no se diferencia sustancialmente de un normal arrendamiento, el *leasing* financiero o *leasing* propiamente dicho, especie que es la usualmente utilizada como un nuevo medio de financiación de las empresas, recae sobre bienes de equipo que quedan integrados en el círculo de producción del usuario, con duración calculada en función del tiempo de la vida económica y fiscal del bien de que se trata, y el cómputo del precio se hace de tal suerte que el importe total de las mensualidades satisfechas al término del contrato, más el llamado «valor residual», rebasan el *quantum* de la suma dineraria desembolsada como precio por la Entidad financiera y arrendadora, pues obviamente ha de abarcar la totalidad de los gastos causados por la operación, el pago de los impuestos y el correspondiente margen de beneficios para la Compañía de *leasing*, que ha desembolsado un capital importante. Mientras en el *leasing* operativo la entidad arrendadora afronta el riesgo técnico, prestando los servicios de mantenimiento y asistencia, por el contrario, en el *leasing* financiero todos los gastos ocasionados por las reparaciones, mantenimiento, servicios técnicos, conservación, seguros, etc., del bien financiado, corren a cuenta del usuario, a quien incluso pueden alcanzar—si así se pacta— todos

los riesgos, desde el relativo a la idoneidad del material para la explotación, funcionamiento y resultado (por subrogación convencional del usuario para el ejercicio de las acciones de saneamiento frente al vendedor), hasta el de pérdida por caso fortuito, y es en atención a tales obligaciones que alcanzan al arrendatario el concierto de las garantías que para asegurar su cumplimiento acompañan de ordinario al contrato de *leasing*, bien por vía de seguro, en cuya póliza figurará como beneficiario el arrendador en el evento de siniestro, ora por entrega de una cantidad para garantizar el adecuado uso, pacto que no ha de tenerse por insólito ni incompatible con la finalidad perseguida por el *leasing* financiero.

El precio de la opción de compra no tiene carácter simbólico.—Todos los antecedentes relacionados demuestran que ha existido una mera cesión de uso del «forjado túnel» a H, pero sin desplazamiento de la propiedad, que sólo pasaría a la usuaria mediante el oportuno ejercicio de la opción de compra, acto negocial en el que habría de satisfacer no un precio insignificante o simbólico, sino el considerable de dos millones doscientas sesenta y cuatro mil trescientas sesenta pesetas, correspondiente al calculado valor residual, con la facultad por parte de I, caso de que H no utilizase aquel derecho, de exigir la «recompra» de los bienes a O, según una escala de depreciación previamente calculada, elemento de juicio que para algún sector doctrinal confirma la realidad de que se trata de un arrendamiento financiero y no de la apariencia disimuladora de un contrato a plazos. (Sentencia de 10 de abril de 1981; no ha lugar.)

Hechos.—El usuario deja de abonar a la sociedad de *leasing* el canon mensual convenido por la cesión de determinados bienes de equipo. La sociedad de *leasing* es incluida entre los acreedores de la suspensión de pagos del usuario (una sociedad anónima). Ante esta situación, la sociedad de *leasing* decide interponer una demanda, en la que alega la resolución del contrato celebrado con el usuario y pide que los bienes cedidos le sean devueltos, ya que conserva la propiedad.

La Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo dan la razón a la sociedad de *leasing*, negando la aplicación de la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles al contrato celebrado, que es calificado como *leasing* financiero.

NOTA.—En esta sentencia se plantea un problema similar al que se suscitó en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1978, que comentamos en este ANUARIO (*El leasing financiero y la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles*, 1980, III, pp. 759-785). Se trata de determinar quién es el propietario de los bienes entregados al usuario en virtud del contrato de *leasing* financiero. Mientras que en la sentencia de 28 de marzo de 1978 se considera aplicable la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, porque debe prevalecer en casación el criterio interpretativo del Tribunal de Instancia, en la sentencia que anotamos se niega claramente la aplicación de esta Ley especial, aunque nuestro Tribunal Supremo no deja de reconocer la posibilidad de que se oculte bajo la apariencia del *leasing* financiero una auténtica venta a plazos, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en aquélla. En la sentencia que anotamos se cita a la sentencia de 28 de marzo de 1978, destacando nuestro Tribunal Supremo que en la misma se declaró aplicable la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, porque las «condiciones particulares del contrato» celebrado denunciaban la existencia de una

venta a plazos disfrazada bajo la apariencia del *leasing* financiero. A nuestro juicio, en la sentencia de 28 de marzo de 1978 se habla de contratos de arrendamiento de bienes de equipo, sometidos a la citada Ley especial por lo dispuesto en el artículo 2.º de la misma. Parece, como hemos apuntado en el comentario que hicimos a esta sentencia, que la solución del Tribunal Supremo es aplicable, con carácter general, a este tipo de contrato (*Op. cit.*, pp. 776-777).

En el comentario a la sentencia de 28 de marzo de 1978, hemos defendido unos puntos de vista semejantes a los que sustenta nuestro Tribunal Supremo en la sentencia que anotamos. Nos parece acertado destacar que, con carácter general, el *leasing* financiero no está sometido a la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles y que puede aplicarse la misma cuando se encubre bajo la apariencia del *leasing* financiero una venta a plazos. Nuestro Tribunal Supremo se refiere precisamente en esta sentencia al caso de precio insignificante o simbólico para el ejercicio de la opción de compra por el usuario. Señala que en el caso planteado el precio de la opción de compra no es insignificante, pues se eleva a más de dos millones de pesetas. Nosotros hemos señalado en el comentario a la tan citada sentencia de 28 de marzo de 1978, que el caso más claro en que se oculta una venta a plazos bajo la apariencia del *leasing* financiero es precisamente el señalado (*Op. cit.*, p. 781).

Con carácter general, nos remitimos a nuestro comentario a la referida sentencia, donde exponemos la posición de la doctrina y la jurisprudencia, española y extranjera, y nuestra opinión personal sobre el problema que se plantea. Téngase también en cuenta la curiosa opinión de Giovanoli, que mostramos en la recensión a la monografía que este autor suizo ha escrito sobre el *leasing* financiero (Cfr., este ANUARIO, 1981, III, pp. 818-819).

A. C. S.

16. *Ruina parcial. Aplicación del artículo 1.591 del Código civil.*—Los graves defectos de asentamiento del inmueble constituyen ruina parcial y por ello los actores resultan legitimados para el ejercicio de la acción concedida por el artículo 1.591 del Código civil.

Documentos auténticos.—Ninguno de los documentos citados como auténticos tienen tal condición a efectos de casación, ya que todos ellos han sido tenidos en cuenta por la Sala.

Solidaridad.—Ya tiene esta Sala establecido con reiteración que las responsabilidades establecidas por el artículo 1.591 del Código civil son solidarias.

Cuestión nueva.—La solicitud de que se declare una solidaridad por estirpes es cuestión nueva no planteada en la instancia y vedada por ello a la casación. (Sentencia de 21 de abril de 1981; no ha lugar.)

Hechos.—Un promotor vendió numerosos pisos en régimen de propiedad horizontal. El Presidente de la Comunidad de Propietarios solicita en la demanda la responsabilidad solidaria del promotor-vendedor, de los arquitectos y del aparejador, por observarse graves deficiencias en la cimentación del inmueble. El Juez de primera Instancia sólo condena solidariamente al promotor-vendedor y los arquitectos a indemnizar de daños y perjuicios a la Comunidad de Propietarios. Este fallo es confirmado por la Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo.

NOTA.—En esta sentencia se plantean una serie de cuestiones sobre las que ya se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo y que hemos tenido ocasión de analizar. Conviene que las exponamos separadamente: A) De

los hechos expuestos se infiere que la sentencia que anotamos sigue la línea jurisprudencial que arranca de las sentencias de 11 y 17 de octubre de 1974, que aplican el artículo 1.591 del Código civil cuando los pisos vendidos por el promotor presentan vicios determinantes de la ruina. Esta solución se aplica tanto a la venta de pisos terminados como en construcción. En esta sentencia ni siquiera se precisa el momento en que tuvo lugar la venta de los pisos. La aplicación del citado artículo obedece al loable propósito de superar el obstáculo que representa el artículo 1.490 del Código civil, que establece un plazo de caducidad de seis meses para el ejercicio de las acciones edilicias. Esta doctrina jurisprudencial es confirmada por las sentencias del Tribunal Supremo, que exponemos en nuestro comentario a la sentencia de 3 de octubre de 1979 y 28 de enero de 1980 (en este ANUARIO, 1980, I, pp. 215-223 y 1980, IV, pp. 998-999). B) La sentencia que anotamos sigue la concepción amplia del término «ruina» que aparece en el artículo 1.591 del Código civil. Sobre la posición constante de la jurisprudencia y la doctrina, véase este ANUARIO, 1978, II, p. 466 y 1978, III, pp. 671-672. C) De acuerdo con la doctrina constante de nuestro Tribunal Supremo (Sentencias de 5 de mayo de 1961, 17 de mayo de 1967, 18 de noviembre de 1975, 1 de abril de 1978, 14 de noviembre de 1978 y 31 de octubre de 1979), los contratistas, arquitectos y demás técnicos, responden solidariamente frente al comitante cuando el inmueble construido presenta vicios de construcción. Sobre esta cuestión ya nos hemos pronunciado en las anotaciones a las sentencias de 14 de noviembre de 1978 (en este ANUARIO, 1979, IV, p. 952), 1 de abril de 1978 (en este ANUARIO, 1978, III, pp. 667 ss.) y 31 de octubre de 1979 (en este ANUARIO, 1980, IV, pp. 999-1000).

El interés mayor de la sentencia que anotamos reside en que se afirma la responsabilidad solidaria del promotor-vendedor y de los arquitectos que intervinieron en la construcción del inmueble. La «ratio» de esta doctrina debe encontrarse en la asimilación del promotor-vendedor al contratista, que es afirmada por una reiterada doctrina jurisprudencial, en la que hay que situar a la sentencia que anotamos. El problema radica, a nuestro juicio, en que sólo puede considerarse al promotor-vendedor como contratista, a efectos de la aplicación del artículo 1.591 del Código civil, cuando vende pisos o locales en proyecto o construcción; no, en cambio, cuando los vende una vez que ha sido concluida la construcción. Pensamos, además, que en pura técnica jurídica es más correcto afirmar la existencia de una responsabilidad *in solidum* que solidaria. Téngase en cuenta que los arquitectos y el promotor-vendedor no están ligados con los compradores por una misma relación obligatoria. Nos remitimos a las interesantes apreciaciones que hace CADARSO (*La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, 309-314), que nos parecen bastante convincentes. Véase también nuestra anotación a la Sentencia de 27 de febrero de 1981, en este fascículo del ANUARIO.

A. C. S.

17. *Presunciones.*—Como ya proclamó, entre otras, la Sentencia de 5 de noviembre de 1974, la apreciación del enlace preciso y directo, a que se refiere el artículo 1.253 del Código civil, entre el hecho básico y el deducido o el que se pretende deducir, por estar sometido únicamente a las reglas del criterio humano, que no figuran determinadas en ningún precepto legal, corresponde al Tribunal de Instancia, cuyo juicio ha de acatarse tanto para eliminar como para admitir la presunción, a menos que se demuestre su patente improcedencia.

Prueba testifical.—Es reiterada doctrina de esta Sala que contra la apreciación que de la prueba testifical hagan los Tribunales no se da el recurso de casación.

Error de derecho en la apreciación de la prueba.—La violación del artícu-

lo 1.214 del Código civil, por inversión del principio del «onus probandi», tiene como vía apropiada para denunciarla la del ordinal 1.º del artículo 1.248 del propio Cuerpo legal sustantivo, pues este precepto al contener exclusivamente una norma sobre valoración de la prueba, caso de proceder la denuncia de su vulneración sólo podría aducirse por la vía del ordinal 7.º del antes mencionado artículo de la Ley procesal, acusando error de derecho en la apreciación de la prueba.

Alteración sobrevenida de los costos durante la ejecución de la obra.— Como afirmó la sentencia de esta Sala de 31 de octubre de 1963, en la de 17 de mayo de 1957 «se concretaron los requisitos que de modo conjunto han de condicionar el reconocimiento y aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, en términos tan precisos que basta a su luz con examinar el caso concreto de cada litigio para llegar a la debida solución», apareciendo por lo que hace referencia al aquí debatido, que al apreciar la sentencia recurrida, en relación a la variación de las circunstancias que se tuvieran en cuenta al tiempo de contratar, que tal variación erosionaba sólo una parte del beneficio industrial que se pensaba obtener por el constructor, ya no puede sostenerse ni una alteración extraordinaria de dichas circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación a los concurrentes al tiempo de su celebración, ni una desproporción exorbitante fuera de todo cálculo entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones y mucho menos que las denotadas circunstancias fueran radicalmente imprevisibles, pues no es admisible que queden al margen de los cálculos de una entidad dedicada a la construcción las posibles alteraciones que durante la ejecución de una obra puedan experimentar los precios de jornales y materiales, lo que lleva a la consecuencia de la procedente desestimación de este motivo del recurso. (Sentencia de 27 de enero de 1981; no ha lugar.)

Hchos.—Se cuestiona en esta sentencia si procede la revisión del precio convenido en el contrato de obra. El contratista alega tanto la existencia de un pacto verbal en tal sentido, como la cláusula *rebus sic stantibus*. La Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo no admiten la pretendida revisión del precio.

NOTA.—Una de las cuestiones que más problemas plantea en el marco del contrato de obra, es la relativa a la alteración sobrevenida de los costos de la construcción. La raíz del problema se encuentra en el texto del artículo 1.593 del Código civil: «El arquitecto o contratista que se encarga por un ajuste alzado de la construcción de un edificio u otra obra en vista de un plano convenido con el propietario del suelo, no puede pedir aumento del precio aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales; pero podrá hacerlo cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obra, siempre que hubiese dado su aprobación el propietario». En la práctica, el problema se plantea por la vigencia del principio de la invariabilidad del precio se remedia estableciendo las partes un pacto de revisión, cuya licitud está fuera de toda duda, ya que el artículo 1.593 tiene un marcado carácter dispositivo, como ponemos de relieve en la anotación a la sentencia de 4 de abril de 1981, que aparece en este fascículo del ANUARIO. En rigor, el problema se plantea cuando no han pactado nada al respecto el comitente y el contratista. ¿Qué sucede si se produce un alza de los costos de mano de obra y material de tal magnitud

que altere decisivamente el equilibrio de las prestaciones del contrato de obra? Huyendo de una interpretación literalista del artículo 1.593, nuestro Tribunal Supremo se refiere en esta sentencia y en la que estamos anotando a la posibilidad de aplicar la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, si se cumplen una serie de condiciones, que han sido determinadas con exactitud por la Sentencia de 17 de mayo de 1957. Estas condiciones con las siguientes: 1.º Alteración extraordinaria en las circunstancias al momento de cumplir el contrato en relación de las concurrentes al tiempo de su celebración. 2.º Desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes que derrumba el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones. 3.º Que todo ello acontezca por la supervivencia de circunstancias radicalmente imprevisibles. 4.º Que se carezca de otro medio de remediar y salvar el perjuicio. Sobre esta sentencia, véase Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1973, pp. 566-569.

En la sentencia que anotamos, nuestro Tribunal Supremo estima que no se cumplen las condiciones expuestas, porque tal variación erosionaba sólo una parte del beneficio industrial que pensaba obtener el constructor y por que falta la nota de la imprevisibilidad, pues no es admisible que queden al margen de los cálculos de una entidad dedicada a la construcción las posibles alteraciones que durante la ejecución de la obra puedan experimentar los precios de jornales y materiales.

En línea de principio, nos parece correcta la doctrina de la sentencia que comentamos, aunque nosotros situaríamos el problema en el marco de la teoría de la «base del negocio», que con tanto acierto ha construido la doctrina alemana (cfr., LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, 1957). En el caso planteado en la sentencia que anotamos, para la desaparición de la base objetiva del negocio (el contrato de obra) hubiese sido necesario la destrucción de la relación de equivalencia de las prestaciones o una frustración de la finalidad objetiva del negocio.

No podemos dejar de destacar que el aumento del valor de la mano de obra y de los materiales va a tener carácter imprevisible en pocos casos, como da a entender claramente el Tribunal Supremo. Es un hecho casi cierto que tal aumento va a tener lugar durante la realización de la obra, sobre todo si el plazo fijado es muy largo.

En relación con el problema fundamental que se plantea en esta sentencia, consúltese también la doctrina de la Sentencia de 7 de noviembre de 1980 y nuestra anotación en este ANUARIO (1981), XXXIV-3, pp. 899-901.

A. C. S.

18. *Legitimación activa del comprador de un piso por vicios de construcción.*—Los derechos y obligaciones del contrato trascienden, con excepción de los personalísimos, a los causahabientes a título particular que penetran en la situación mediante negocio celebrado con el primitivo contratante, según enseñan las Sentencias de 12 de noviembre de 1960, 27 de junio de 1961, 9 de febrero y cinco de octubre de 1965 y 25 de abril de 1975, y por lo que concierne al contrato de ejecución de obra la legitimación activa del subadquirente de un piso en régimen de propiedad horizontal para entablar acciones por prestaciones defectuosas o vicios en la cosa viene reconocida, con diverso fundamento, por la doctrina de los autores y ha sido sancionada por la sentencia de 5 de mayo de 1961, imponiéndose por ello la desestimación del analizado motivo.

Legitimación activa del comprador en el caso de vicios no determinantes de la ruina.—También pasan al comprador las acciones que asisten al comitente en el contrato de obra para combatir la ejecución defectuosa en cuanto protectora del derecho transmitido al subadquirente, no existiendo

razones válidas para propugnar un régimen diferente respecto de la legitimación según se trate de vicios causantes de ruina o defectos que no la entrañen, pero signifiquen prestación irregular y como tal desprovisto de efectos liberatorios por no ajustarse a las reglas del arte, habiendo de entenderse, antes por el contrario, que una y otra obedecen esencialmente a presupuestos de la misma naturaleza y presentan fundamentación no discrepante.

Inaplicación de las normas sobre saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida.—La Sala sentenciadora en la instancia, atendida la naturaleza de la acción ejercitada y la corrección de su planteamiento en casos como el aquí debatido, no tenía por qué aplicar los preceptos legales cuya violación se acusa (artículos 1.484 y 1.485 del Código civil), habiéndolo sancionado así la reiterada jurisprudencia de esta Sala, a la que se hace referencia en el cuarto considerando de la ya citada Sentencia de 3 de octubre de 1979.

Responsabilidad del contratista por vicios no determinantes de la ruina.—Es correcta la aplicación del artículo 1.101 del Código civil. (Sentencia de 27 de febrero de 1981; no ha lugar.)

Hechos.—Una sociedad promotora vende en contratos privados determinados pisos, una vez que ha terminado de construirse el inmueble. Al poco tiempo de tener lugar la ocupación de los pisos comienzan a advertirse importantes defectos de construcción. Los compradores de los pisos demandan a la sociedad promotora, al contratista, que ha contratado la promotora, y al arquitecto. El Juez de Primera Instancia absuelve al arquitecto y condena solidariamente a la promotora y al contratista a indemnizar a algunos de los actores. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Territorial absuelve a la promotora y condena, sólo en parte, al contratista. No prospera el recurso de casación interpuesto por éste.

NOTA.—Nos interesa destacar que en esta sentencia se acoge básicamente la doctrina de la importante Sentencia de 3 de octubre de 1979, que hemos comentado en este ANUARIO (1980, I, pp. 194 ss.), la cual, a su vez, tiene en cuenta la doctrina de las Sentencias de 5 de mayo de 1961 y 1 de abril de 1977, que comentamos también en este ANUARIO (1978, III, pp. 667 ss.). En el comentario a la Sentencia de 1 de abril de 1977 justificamos esta solución.

También es digno de destacarse que nuestro Tribunal Supremo aplica las normas generales de la responsabilidad contractual (art. 1.101 del Código civil) para configurar la responsabilidad del contratista por vicios que no causan la ruina del inmueble construido. Se sigue así la doctrina de la Sentencia de 3 de octubre de 1979, que consideramos acertada en este punto, como hemos expuesto en el comentario sobre la misma.

Muy interesante nos parece la alusión que nuestro Tribunal Supremo hace a los efectos no liberatorios cuando el inmueble presenta vicios que no causan la ruina. Se está aludiendo, a nuestro juicio, a que la recepción definitiva de la obra no produce efectos liberatorios. Nuestro Tribunal Supremo no se refiere al carácter aparente u oculto de los vicios, lo cual, sin embargo, es muy importante tener en cuenta, como señalamos en nuestro estudio *La recepción de la obra* (en este ANUARIO, 1978, II, pp. 302-306) y en el comentario a la Sentencia de 3 de octubre de 1979 (*Loc cit*).

En esta sentencia se plantea exclusivamente la responsabilidad del contratista, que contrató el promotor-vendedor para construir el inmueble vendido por pisos. La Audiencia Territorial exoneró de toda responsabilidad

al promotor-vendedor, por lo que no se plantea la posible responsabilidad de éste frente a los compradores ante el Tribunal Supremo. Otras muchas sentencias, como las de 11, 17 y 28 de octubre de 1974, 3 de octubre de 1979, 28 de enero de 1980 y 21 de abril de 1981, que hemos comentado en este ANUARIO (en el comentario a la Sentencia de 3 de octubre de 1979 y en el fascículo IV del año 1980 de este ANUARIO, pp. 998-999), declaran la responsabilidad del promotor-vendedor frente a los compradores. Seguramente, la solución más defendible es la siguiente: el comprador tiene la facultad de subrogarse en la posición jurídica del promotor-vendedor para dirigirse contra el contratista, alegando que los vicios de construcción se deben a su conducta negligente; pero esta posibilidad no obstaculiza que el comprador puede, si lo prefiere, dirigirse directamente contra el promotor-vendedor en base a las normas de saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida, cuyo carácter objetivo es reconocido por el artículo 1.485 del Código civil, o por el cauce de las normas generales de la responsabilidad contractual, debido a la doctrina jurisprudencial que afirma la compatibilidad de la acción de saneamiento por vicios ocultos y la de indemnización del artículo 1.101 del Código civil. Véase el amplio estudio de MORALES MORENO sobre *El alcance protector de las acciones edilicias* (ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1980, III, pp. 678 ss.), donde expone las sentencias más recientes que siguen esta doctrina y la justifica con diversos argumentos.

Nos parece defendible la opinión de los que, sobre todo en el Derecho francés, han afirmado en casos semejantes la existencia de una responsabilidad *in solidum* del promotor y del contratista. Sobre el juego de la responsabilidad *in solidum* en el ámbito de la responsabilidad de los profesionales de la construcción, véase nuestra anotación a la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1978, en este ANUARIO, 1979, IV, pp. 949-953. Véase nuestra anotación a la Sentencia de 21 de abril de 1981, en este fascículo del ANUARIO.

A. C. S.

19. *Error de hecho*.—Que no atacados tales aspectos de hecho por el cauce o vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedan incólumes en casación, según tiene proclamado esta Sala, conduciendo a la desestimación del primero de los motivos en que se apoya el recurso de casación.

Aplicación del artículo 1.091 del Código civil.—La aplicación de este artículo parte del indeclinable supuesto de que existan normas contractuales.

Determinación de los precios.—Los precios se acomodaron a los usos y costumbre de la provincia, que son vinculantes al respecto, tanto por no haberse convenido que la obra se hiciera a satisfacción del propietario, cuanto que, en todo caso, la tan citada sentencia recurrida reconoce que la prueba acredita que la tan meritada obra se llevó a cabo adecuadamente, según uso y costumbre para sondeos análogos y posibilidades determinadas por el precio.

Presupuesto de aplicación del artículo 1.124 del Código civil.—Tanto en el ámbito fáctico como en el jurídico no puede decirse que es incumplidor quien no tiene obligación de cumplir en la forma pretendida en el contrato, dado que el citado artículo 1.124 del Código civil requiere, para su adecuada aplicación, la existencia de reciprocidad de prestaciones convenidas e incumplidas por una de las partes.

Criterios de la Sala de Instancia y del recurrente.—La parte recurrente viene a hacer supuesto de la cuestión, tratando de sustituir con su propio y subjetivo criterio el más autorizado de la Sala Sentenciadora de Instancia,

lo que es improcedente en casación, según tiene reiteradamente dclarado esta Sala. (Sentencia de 12 de marzo de 1981; no ha lugar.)

Hechos.—Se celebra un contrato para llevar a cabo un sondeo dirigido a la captación de aguas subterráneas. El comitente se niega a pagar el precio convenido, por lo que el contratista suplica en la demanda que se le condene a pagar el precio debido más los intereses. En contra de lo decidido por el Juzgado, la Audiencia Territorial admite la pretensión del contratista. No prospera el recurso de casación.

19 bis. *Documentos auténticos.*—No tienen el carácter de auténticos, a efectos de casación los planos confeccionados por los arquitectos, las certificaciones de actos de conciliación expedidas por sus fedatarios, los dictámenes periciales y cuantos elementos probatorios hubiesen sido debidamente valorados e interpretados por los juzgadores de instancia, ni los testimonios de los particulares del proceso de ejecución que hubo de seguirse entre las mismas partes contendientes, según reiterada jurisprudencia de esta Sala.

Significado de la autenticidad del documento en casación.—También tiene dicho reiteradamente la doctrina jurisprudencial que la autenticidad del documento en casación equivale a su valor probatorio en cuanto a la veracidad indiscutible de los hechos que afirma, de tal modo que por sí sólo acredite el hecho que se trata de justificar, sin necesidad de acudir a deducciones u otra operación lógica complementaria.

Pacto de revisión del precio en el contrato de obra.—Ha de estimarse como un pacto lícito resultante de la concorde voluntad de los contratantes, que está amparado por el artículo 1.255 del Código civil, pues la revisión de precios ha de estimarse autorizada por dicho precepto legal, y así se infiere de la doctrina jurisprudencial, que tiene reconocida la validez de los pactos en que así se establezca, pues el contrato de obra a tanto alzado no es impedimento para su modificación, introduciendo alteraciones o aumento de precios, y así la Sentencia de 23 de junio de 1964, que la de 30 de abril de 1980 reitera, tiene declarado que el artículo 1.594 del Código civil no contiene una norma de Derecho necesario, sino simplemente una regla interpretativa de una voluntad tácita de las partes y, por consiguiente, no implica una limitación legal a la libertad contractual.

Interpretación del contrato.—Es doctrina reiterada de esta Sala que la interpretación de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de Instancia, y ha de prevalecer en casación, salvo que contradiga alguna de las normas de hermenéutica contractual y resulte ilógica o absurda.

Incumplimiento del contrato.—En cuanto a quien dejó de cumplir el contrato, ha de estarse en casación a lo resuelto por la Sala sentenciadora, mientras que no se impugne tal declaración por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 4 de abril de 1981; no ha lugar.)

Hechos.—PS, en su calidad de comitente, encargó unas obras de construcción a JF. Se confeccionó el presupuesto, el cual fue aceptado por ambas partes. Se acordó que se procedería a una revisión general de pre-

cios al final de la construcción. El demandado (PS) no pagó en la forma convenida, retrasando los pagos y discutiendo los gastos. El Juez de Primera Instancia condenó al demandado a pagar al demandante (JF) una determinada cantidad de dinero. La Audiencia Territorial confirmó el referido fallo. No prosperó el recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

NOTA.—El carácter dispositivo del artículo 1.593 del Código civil es admitido por nuestra jurisprudencia de forma reiterada, como pone de relieve la sentencia que anotamos. En el plano doctrinal se admite también esta solución (cfr., DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1979, p. 447; SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de obra. Su cumplimiento*, Madrid, 1978, p. 222).

A nuestro juicio, es plenamete acertada la posición del Tribunal Supremo y de la doctrina dominante. El texto del artículo 1.593 del Código civil es una consecuencia de la obligatoriedad del contrato consagrada por el artículo 1.258 del Código civil. Es lógico que el precio acordado en el momento de la celebración del contrato de obra no pueda ser alterado por la voluntad de uno solo de los contratantes; pero si éstos, de común acuerdo, convienen en el momento de la celebración del contrato de obra un pacto de revisión del precio, no parece que alguno de los límites de la autonomía privada haya sido contravenido (artículo 1.255 del Código civil).

Sobre el problema de la preferencia de la interpretación del contrato por el Tribunal de Instancia en la casación, véase nuestra anotación a la Sentencia de 12 de mayo de 1981, que aparece en este fascículo de este ANUARIO.

A. C. S.

20. *Perjuicios indemnizables. Daño emergente. Necesidad de su demostración.*—La sentencia de esta Sala de 14 de febrero de 1980, en supuesto idéntico al que nos ocupa, ya indicó que la existencia real de perjuicios sufridos por el Estado no se revela porque un funcionario haya dejado de prestar servicios, sino por la acreditación de que quedó efectivamente perjudicado, con una proyección económica. Dado que el Estado no ha acreditado la existencia de desembolsos para sufrir la actividad del agente lesionado y menos su cuantía, ha quedado indemostrada la realidad del daño, pues el daño emergente no lo determina el montante de los emolumentos del funcionario.

Recurso de casación. Alteración de los fundamentos de la resolución impugnada.—No procede la casación de una sentencia cuando la que hubiera de dictarse en lugar de la casada habría de contener el mismo fallo, aun siendo por distintos fundamentos. (Sentencia de 14 de abril de 1981; no ha lugar.)

NOTA.—El tema litigioso consistía en determinar si el Estado tenía la cualidad de perjudicado, por los daños causados en accidente de circulación, debido a los sueldos y emolumentos que hace efectivos a un agente de la Guardia Civil de Tráfico, lesionado en el mismo, e imposibilitado de prestar sus servicios.

21. *Responsabilidad extracontractual por el ejercicio de acciones ante los Tribunales. Requisitos.*—Para la viabilidad de la petición de resarcimiento de los daños causados por actuaciones judiciales es menester que la parte que las inició y fue solicitante del proveído jurisdiccional haya actuado

dolosamente o, cuando menos, con manifiesta negligencia, por no haberse asegurado del alcance de la acción ejercitada; intención dañosa inexistente cuando se pone en marcha el mecanismo judicial sin traspasar los límites de la equidad y buena fe.

Identificación de fincas. Teoría del «cuerpo cierto».—La doctrina de este Tribunal mantiene la teoría del «cuerpo cierto», en base a los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 1.471 del Código civil, expresiva de que, viniendo determinada la realidad y fisonomía del predio por el enclavamiento topográfico, que sus lindes marcan, esa individualización origina una realidad física perfectamente especificada.

Eficacia probatoria del documento público.—No destruida la eficacia demostrativa del título inscrito, queda subsistente, por la presunción de certeza dimanante del documento público, la prueba de los hechos normalmente constitutivos del derecho a que el mismo se refiere. (Sentencia de 5 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

22. *Determinación del importe de los daños en ejecución de sentencia.*—Constatada la existencia de daños, la imposibilidad para fijar el importe de los perjuicios no es impeditiva, sino determinante del trámite de ejecución de sentencias, para demostrar las cuantías de los daños y perjuicios, que sólo debe concederse cuando con la sentencia específica no puede obtenerse la determinación de aquéllos (art. 360 LEC). La desestimación de la pretensión por daños que sigue la Sala de Instancia, priva al demandante de seguir los trámites del juicio de cognición abreviado que establecen los artículos 928 a 950 de la LEC, en el que puede ocurrir que el Juez, apreciando libremente las pruebas particulares en el incidente de ejecución, declare que el ejecutante no ha probado la cuantía o las bases de liquidación presentadas y contradichas por el ejecutado, de donde se deduce la improcedencia de escudarse el Tribunal de Instancia en una supuesta imposibilidad para determinar la cuantía de los daños, eliminando «a priori» una tramitación específica que debe seguirse en el caso contemplado, y dejando al demandante indefenso en este aspecto de fijación de indemnización.

Impugnación de título.—La acción tendente al resarcimiento de daños ocasionados por culpa extracontractual y a la evitación futura de otros daños por la misma causa no requiere su fundamento en un título dominical, bastando la cualidad del accionante como perjudicado por el acto ilícito y que el resarcimiento se imponga por tratarse de intereses jurídicamente protegidos, que no han de ser necesariamente los basados en un derecho de dominio.

Legitimación activa del marido.—En el régimen de la sociedad conyugal, tal como se regula en el C. c. (artículos 59, 412 y 1.413 en su redacción anterior al texto hoy vigente), aparece el marido como administrador de los bienes gananciales, sin que esa facultad de administración, en la que se incluyen los actos que no signifiquen disposición o gravamen, venga restringida por lo dispuesto en el artículo 63 del mismo cuerpo legal.

Litis consorcio pasivo necesario.—No puede ser apreciada la excepción porque habiéndose aludido en la instancia únicamente a una relación de

precario entre la Sociedad demandada y la Corporación, por la que ésta cedió gratuitamente a aquélla los terrenos relacionados, no hay peligro de condenar a la Corporación como propietaria, pues los supuestos daños son ajenos a su actuación como tal y, por ello, la resolución que en el proceso (en el que, dada la naturaleza de la relación jurídica que les une, demandados y terceros no aparecen unidos) pueda dictarse no les afecta. (Sentencia de 10 de marzo de 1980; ha lugar.)

23. *Responsabilidad extracontractual por daños causados a un funcionario. Prueba del perjuicio.*—La responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana requiere como presupuesto indeclinable la acreditación de reales y efectivos perjuicios, sin que sea suficiente la alegación y prueba de que alguien ha interferido culpablemente en determinados intereses. La estimación de los daños patrimoniales debe tomar como base la diferencia entre el estado del patrimonio después del acto del que se pretende deducir consecuencias indemnizatorias y el que sin aquél presentaría.

Responsabilidad extracontractual. Daños y perjuicios. Equidad.—No constando en el presente caso que el Estado haya sufrido perjuicio por consecuencias del servicio que dejó de prestarle subjetivamente uno de sus funcionarios, quien, por causa de las lesiones sufridas, no lo desempeñó, y no constando tampoco que objetivamente la función a realizar por dicho lesionado haya resultado dañada ni que se precisó para su cumplimiento de contraprestación complementaria de la presupuestariamente asignada al servicio, no procede el reintegro pretendido por el Estado del causante de las lesiones, respecto de los sueldos y emolumentos satisfechos al funcionario lesionado durante el período de la lesión, pues ello sería contrario a la regla de equidad prevista en el artículo 3.2 del C. c. (Sentencia de 14 de febrero de 1980; no ha lugar.)

24. *Valor de casación de los dictámenes periciales.*—Los dictámenes periciales emitidos a lo largo de la sustanciación del pleito no tienen a los efectos de casación el carácter de documento auténtico, ni por tanto vienen provistos de entidad suficiente para fundamentar error de apreciación de prueba, al estar sujeto tal medio probatorio a la apreciación discrecional del juzgador.

Responsabilidad por daños. Negligencia.—La actuación del demandado fue culposa, ya que si no puede atribuírsele con claridad la causa iniciadora del incendio, sí se le puede atribuir la causa que produjo su incremento posterior, con el alcance dañoso que proyectó a terceros, por ese su comportamiento negligente en la técnica, conservación y garantía de los géneros guardados en el almacén. En el orden normal de las cosas, la diligencia de un buen padre de familia demandaba, por la naturaleza del depósito de mercancías, en correspondencia con las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar, extremar los cuidados y previsión para que si se produjese incendio no alcanzase las graves consecuencias dañosas que originó, y que al no efectuarse, generan culpa o negligencia cual determina el párrafo 1.º del artículo 1.104 del C. c.

Nexo causal. Causa inicial y causa desarrolladora.—En el terreno jurídico

no cabe estimar como no eficiente la causa que, de modo indubitado, prepare, condicione o complete la acción de la causa última, actuando tales concausas, respectivamente, como mediatas e inmediateamente originarias del evento dañoso que, por su acción conjunta, se produjo. Así ocurre en el supuesto ahora contemplado, desde el momento en que el siniestro, si ciertamente tuvo su causa inicial desencadenante en un incendio sin origen precisado, ha tenido su causa desarrolladora para llegar a producir los efectos dañosos que alcanzó, en el negligente comportamiento del demandado, tener instalado en forma de excesivo almacenamiento, mercancía altamente inflamable y de gran combustibilidad en el local en que el incendio se inició, sin extintores adecuadamente proporcionados al volumen y condiciones de lo almacenado; la cual causa desarrolladora pasa a ser de hecho y jurídicamente primordial al respecto.

Cuestión nueva.—En materia de recurso de casación es fundamental que éste se interponga con referencia de sus alegaciones y razonamientos a lo que en el pleito se haya debatido, sin que sea lícito proponer en él cuestiones no propuestas en él oportunamente. (Sentencia de 4 de junio de 1980; no ha lugar.)

25. *Responsabilidad civil derivada de delito. Muerte en accidente de circulación. Extinción de la responsabilidad penal por muerte del causante del daño. Régimen de la acción.*—Se trata de exigir una responsabilidad civil por haberse extinguido por muerte del reo la acción penal, con lo cual al quedar un hecho no definido por la jurisdicción competente como delito, las consecuencias lesivas de él derivadas son transmisibles a los herederos de aquél conforme a los artículos 105 C. p. y 115 LEC, pudiendo exigirse con base en el artículo 1.902 C. c.

Prescripción de la acción civil.—El plazo de prescripción ha de regirse conforme al artículo 1.968 núm. 2.º C. c., pero por el principio de prevalencia de la jurisdicción penal sobre la civil se impiden las actuaciones civiles, y se las excluye, en tanto no termine el proceso penal pendiente, según se deduce de la doctrina establecida en Sentencias de 25 febrero y 6 mayo de 1963 y 2 julio 1979; debiendo entenderse que las diligencias para la expedición del título ejecutivo determinante de la cantidad líquida que como máxima puede reclamarse, se sustancian en el proceso penal, aunque con anterioridad se haya declarado extinguida la responsabilidad penal del fallecido reo, por lo cual, no habiendo transcurrido un año desde la notificación del auto ejecutivo a que se ha hecho referencia, hasta la iniciación del subsiguiente proceso civil, no ha prescrito la acción. (Sentencia de 31 de marzo de 1981; no ha lugar.)

26. *Culpa extracontractual. Accidente de circulación. Prescripción. Interrupción por demanda de pobreza.*—Es reiterada la doctrina de esta Sala, mantenida en Sentencias de 23 noviembre 1892, 1.º abril 1918 y 16 diciembre 1966, en el sentido de que, para que la demanda de pobreza produzca los efectos interruptivos del artículo 1.973, no se requiere que con la misma se presente la demanda principal, sino que en aquélla se exprese, en términos precisos, «la índole del pleito en que se pretenda utilizar el beneficio,

cuya concesión queda impetrada», siendo lo cierto que tal precisión consta en la demanda de pobreza deducida por la demandante recurrida. (Sentencia de 19 de mayo de 1981; no ha lugar.)

27. *Culpa extracontractual. Lesiones en accidente de tráfico del que resulta posteriormente muerte. Prescripción. «Dies a quo». Necesidad de conocer de modo definitivo todas las consecuencias del hecho dañoso.*—Es doctrina del T. S. recogidas, entre otras, en Sentencias de 6 de febrero de 1942, 23 de octubre de 1943 (ambas relativas a supuestos de accidentes de trabajo), 9 de junio de 1976, 9 de octubre de 1978, 9 de mayo de 1979 y 18 de mayo de 1981, que en casos de lesiones, para la fijación del inicio («dies a quo») del plazo de un año, a los efectos del núm. 2.º del artículo 1.968 C. c. hay que esperar al momento en que se conozcan de modo definitivo los efectos de las mismas, que en el supuesto aquí contemplado fue la muerte del perjudicado, pues sólo entonces y a los fines del artículo 1.969 C. c. se puede estar en condiciones de ejercitar la acción valorando el alcance efectivo y total del daño y el importe de la pertinente indemnización. (Sentencia de 3 de junio de 1981; no ha lugar.)

28. *Culpa extracontractual. Lesiones en accidente de circulación. Prescripción de la acción. «Dies a quo».*—La doctrina según la cual las acciones que nacen de culpa o negligencia tienen señalado un año de prescripción que ha de comenzar a computarse desde la fecha de la terminación por resolución firme del proceso penal, es solamente aplicable en aquellos casos en que, o bien por muerte o por curación y alta de las lesiones sufridas por el perjudicado, no exista impedimento para el ejercicio de la acción, y no cuando el lesionado sigue en curación y no puede saberse el estado en que quedará, debiendo esperarse a que la misma se produzca. (Sentencia de 30 de marzo de 1981; no ha lugar.)

4. Derechos reales

29. *Acción de deslinde. Requisitos.*—La acción de deslinde no es viable cuando los predios están perfectamente identificados y delimitados, exigiendo, por el contrario, la existencia de confusión entre los límites o linderos de fincas de distintos propietarios; al variar la base fáctica sobre la que se apoya la sentencia recurrida procede desestimar la acción ejercitada dado que es imposible todo confusionismo con las fincas colindantes, sin que pueda tenerse en cuenta la alegación de que la colocación de los mojones se hizo por la parte demandada a su arbitrio e invadiendo la finca del actor, pues el deslinde tan sólo acredita un hecho, pero no precisamente el derecho con el que se haga, y de darse la invasión del derecho del actor siempre dispondrá de las acciones correspondientes para defenderlo.

Error de hecho. Documento auténtico. Croquis levantado por perito.—Es medio para demostrar el error de hecho el croquis levantado por un Perito Agrícola y visado por el Consejo General del Colegio Oficial de In-

genieros Técnicos Agrícolas de Santa Cruz de Tenerife, relativo al terreno objeto del deslinde, del que resulta la perfecta señalización del mismo en relación a los propietarios colindantes, por medio de líneas o trazados que van de puntos a puntos consistentes en pequeños círculos numerados del 1 al 17, y que resulta fácil deducir se trata de mojones que van marcando el perímetro de la finca y que impiden la confusión con las fincas colindantes. (Sentencia de 27 de abril de 1981; ha lugar.)

Dos observaciones sobre esta sentencia. En primer lugar causa relativa sorprende la estimación como documento auténtico (que prueba el error de hecho) del informe pericial plasmado en un plano o croquis levantado por un perito agrícola que, por sí mismo, no parece que sea un trasunto exacto de la realidad, por lo cual su valoración se ha dejado siempre a la libre apreciación judicial. En el pleito consta también una fotografía aérea del Servicio Catastral que, en principio, parece ser más fidedigno de la realidad que el plano aludido; pero tal fotografía es rechazada por la sentencia, alegando que precisa de conocimientos técnicos o explicaciones aclaratorias para su eficacia probatoria. En cuanto al carácter de la acción de deslinde conviene recordar que se la considera por la doctrina como tutela del acto de individualización que, aunque se integra de un acto material (normalmente, la instalación de hitos o mojones) unido a la intención del sujeto, es algo más que un mero *factum*, pues constituye un acto con importantes consecuencias jurídicas. La sentencia parece dejar reducido el deslinde a una mera cuestión de hecho, lo que parece empequeñecerlo excesivamente. En todo caso, la individualización del propietario del terreno podrá hacerse valer en el declarativo correspondiente, pues la acción de deslinde no agota todos los medios de tutela del sujeto individualizador.

G. G. C.

30. *Propiedad horizontal. Cuestión nueva.*—En el escrito de demanda ninguna alegación se hizo en orden a la supuesta irregularidad por falta de citación, que en la celebración de la Junta el motivo denuncia, por lo que no se dedujo petición alguna con relación a la nulidad de la misma por ese defecto formal, limitándose el suplico de la demanda a solicitar se declare la legitimidad de las obras efectuadas por el actor en los locales de su propiedad y dejar sin efecto el acuerdo impugnado, lo que supone el planteamiento de una cuestión nueva, causa de inadmisión del número 5.º del artículo 1.729 de la L. E. C., que en este trámite decisorio lo es de desestimación.

Propiedad horizontal. Notificación de los acuerdos de la junta a los no asistentes.—El modo detallado con que el acuerdo o acuerdos de la Junta se han de notificar, no precisa su transcripción literal al documento que sirva de notificación, como el recurrente sostiene, sino que basta con que se haga saber, de manera fehaciente, el acuerdo con palabras que expresen suficientemente, y sin dar lugar a confusión o equívoco, cuál haya sido la decisión de la Junta con relación al asunto sometido a su consideración.

Propiedad horizontal. Naturaleza y régimen jurídico.—La propiedad especial de casas divididas por pisos, que constituye la llamada propiedad horizontal, supone, además del exclusivo dominio de las viviendas o locales susceptibles de aprovechamiento independiente por los titulares respectivos de los mismos, 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 co-

munas dentro de una misma finca, y así lo establece el artículo 396 del C. c., según el cual esta peculiar forma de dominio 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 L. P. H. de 21 julio 1960, como norma especial reguladora de la institución, las estipulaciones convenidas por los interesados, que integran el título constitutivo de la P. H. del edificio, y las normas relativas a la comunidad de bienes, respecto a los elementos comunes del mismo.

Propiedad horizontal. Construcción abusiva en elementos comunes.—Según manifestaciones del recurrente, las obras de instalación de los «aseos» fueron efectuadas dentro de los límites del espacio comprensivo de su exclusiva y singular propiedad, pero ésta argumentación ha de rechazarse por cuanto con ella se está haciendo supuesto de la cuestión, y se contradice la declaración fáctica que hace la sentencia recurrida—incólume al no haber sido combatida legalmente—, según la cual tales obras de instalación de servicios de saneamiento se realizaron sobre un elemento común del inmueble, como lo es el patio interior de luces, que el propio artículo 396 del C. c., que como infringido se alega, comprende en la amplia enumeración que, a título indicativo, hace de los bienes o elementos que, por ser necesarios para el uso adecuado y disfrute de los pisos y locales de privativa pertenencia, llevan inherentes un derecho de copropiedad sobre ellos por parte de los titulares propietarios de éstos, lo que hace que el motivo haya de ser desestimado.

Propiedad horizontal. Actos propios. Innovaciones estructurales. Unanimidad.—No puede prosperar el motivo que denuncia la infracción, por violación, del principio general de derecho de que «nadie puede ir válidamente contra sus propios actos», toda vez que si es cierto que se autorizó al recurrente, por mayoría de la Junta de Propietarios, la instalación de una discoteca o salón de té en los locales comerciales, no lo es menos que, en ningún momento, esa autorización le facultaba para edificar sobre un elemento común del inmueble, como es el «patio interior de luces», en el que instaló los servicios de aseo o sanitarios correspondientes al establecimiento instalado en los dichos locales, pues tal autorización no consta en el documento en el que el recurrente funda su derecho, y, además, sabido es que las limitaciones que a la iniciativa de toda obra que altere o modifique físicamente los elementos comunes de un edificio en régimen de copropiedad, imponen tanto el artículo 396 del C. c., como el 11 de la L. H., los cuales prohíben las innovaciones estructurales en las cosas comunes en un inmueble, las cuales, por afectar al título constitutivo de la propiedad, han de someterse al régimen que para la modificación de éste tiene establecido, en su norma 1.ª, el artículo 16 de la referida Ley, es decir, que es requisito esencial e ineludible la plena unanimidad de los propietarios, mediante acuerdo adoptado por la Junta convocada al efecto. (Sentencia de 10 de abril de 1981; no ha lugar.)

31. *Publicidad de servidumbre de luces y vistas. Apariencia e inscripción.*—Cuando los signos de una servidumbre sean ostensibles e indubitados, como en este caso acontece, por la existencia de los numerosos huecos

abiertos en la pared de la finca inmediata contigua en nivel superior, la apariencia exterior de los signos atribuye una publicidad equivalente a la inscripción y surte efecto contra el adquirente del inmueble a quien perjudique, aunque del Registro de la Propiedad no resulte la existencia de la servidumbre.

Servidumbre «alterius non tollendi».—La servidumbre de no alzar más un edificio, al ser de naturaleza no aparente, carece de signo o señal que denote su existencia, y no puede, pues, deducirse de la simple existencia de huecos en la pared posterior del edificio, signo sólo de la realidad de la servidumbre de luces y vistas. Siendo solamente obligatoria la absoluta prohibición de construir a cualquier distancia o elevar lo edificado, cuando así se hubiera expresamente pactado, como tal convenio en el caso debatido no existe ni la realidad del gravamen ha sido reconocida por el recurrente, éste puede edificar a cualquier altura siempre que conserve la distancia de tres metros que el artículo 585 del C. c. exige. (Sentencia de 27 de junio de 1980; ha lugar.)

32. *Recurso de casación. Requisitos formales.*—Elementales exigencias de la formalidad que es propia y característica del recurso de casación imponen la desestimación de un motivo que abarca dos conceptos incompatibles entre sí, como son el de violación por falta de aplicación y el de aplicación indebida, sin que se admita tampoco una indiscriminada referencia a un conjunto de preceptos, que implica recaer en las causas de inadmisión cuarta y sexta del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Servidumbre voluntaria de paso. Contenido.—En las servidumbres voluntarias el modo y forma de la misma será el configurado por la voluntad de los constituyentes, dentro de los límites de la autonomía de la voluntad y abarcando todas las utilidades necesarias para su uso. La determinación de la verdadera voluntad de las otorgantes es una labor interpretativa que corresponde a la Sala de instancia, que ha procedido correctamente, al entender que la necesidad del empleo de maquinaria agrícola en el predio dominante implica que el paso no pueda quedar expuesto a las alteraciones que produzcan cultivos o siembras hechas en la zona afectada. (Sentencia de 18 de mayo de 1981; no ha lugar.)

33. *Retracto de colindantes. Interpretación del contrato de compraventa.*—La violación por no aplicación de lo dispuesto en el párrafo 1.º del artículo 1.281 del C. c. presupone que los términos del contrato de compraventa, origen de la acción de retracto de colindantes ejercitada por el recurrente, sean claros y no dejen dudas sobre la intención evidente de los contratantes.

Retracto de colindantes. Atribución a un finca vendida junto con otras por un precio alzado y global del precio señalado en una operación particional anterior.—La interpretación de la Sentencia recurrida, en el sentido de que no puede admitirse identidad entre el valor fijado por los herederos a la finca retraída al repartirse la herencia y el que le corresponda en relación al precio global convenido al enajenarla en unión de otras fincas, al no poder reputarse de irracional ni ilógica, ha de prevalecer en casación. (Sentencia de 6 de febrero de 1981; No ha lugar.)

34. *Derecho de retorno. Litis consorcio pasivo necesario.*—Invocada por el recurrente la interpretación errónea de la doctrina legal sobre el litis consorcio necesario, por existir arrendatarios con derecho de retorno en los pisos objeto del recurso, no es acogible el motivo invocado, toda vez que al estar configurado por la jurisprudencia el derecho de retorno como una obligación «propter rem» a cargo de quien en su caso ostente la propiedad de la vivienda o del local arrendado según dicción tajante del artículo 94 de la L. A. U., cuyo fin es consagrar una reanudación del contrato de arrendamiento suspendido por las obras, al modo de un reintegro en la posesión en favor del arrendatario, que ha de respetar el dueño, sea o no el arrendador, resulta con evidencia que, salvado su derecho en todo caso, no por el Juez, sino por el legislador, es totalmente innecesaria su llamada y presencia en el juicio al no afectarle en modo alguno la sentencia que se dicte, repercusión que es uno de los fundamentos de la excepción de litis consorcio necesario.

Simulación. Cuestión de hecho.—La existencia de simulación (tal la relativa que se admite por la Sala de Instancia) es cuestión de hecho revisable por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C. (Sentencia de 9 de abril de 1981; no ha lugar.)

35. *Protección de derechos inscritos. Necesidad de instar la nulidad de un asiento contradictorio.*—La salvaguardia que a los Tribunales impone el artículo 1 de la Ley Hipotecaria de los asientos del Registro ha de afectar no sólo a los de la parte actora recurrente, sino a los demás que puedan afectar a otras partes o interesados, en tanto su nulidad no se postule y obtenga, y esto es lo que acaece en el caso enjuiciado en el que existe una inscripción registral, la del agua del manantial, como finca independiente que contradice las que los recurrentes invocan y cuya nulidad no ha podido ser declarada al no postularse declaración alguna en tal sentido.

Presunción de legitimidad del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.—La acción que se ejercita es claramente contradictoria de dominio y el dominio exclusivo y excluyente que los recurrentes pretenden consta registralmente inscrito a favor de otras personas, sin que tampoco exista obstáculo para poder pretender la declaración de nulidad de la inscripción a favor de «los vecinos y hacendados de la ciudad de Huéscar», si bien en el concepto en el que figuran como titulares inscritos o bien interpretando a quienes pudieran ser ignorados afectados; por lo que la aplicabilidad del artículo 38 de la Ley Hipotecaria es correcta y postulación de la nulidad de la inscripción obligada.

Cuestión nueva.—Los recurrentes inciden en el defecto de atacar la inscripción del agua como finca independiente, sin haber previamente impetrado la declaración de nulidad del asiento, lo que entraña el planteamiento de una nueva cuestión que no es dable hacer en trámite de casación. (Sentencia de 28 de enero de 1981; no ha lugar.)

36. *Doble título y doble inmatriculación en supuesto en que no hay doble venta. Prioridad del título más antiguo.*—No cabe hablar de doble venta—aunque sí de doble inmatriculación— por cuanto cada una de las partes

compró la cuestionada finca a persona distinta, las cuales, a su vez, figuraban como dueñas y tenían a su favor la correspondiente inscripción, pero esta doble venta, cuyos efectos regula el artículo 1.473 del C. c. si se produjo durante la trayectoria histórico-registral de las inscripciones de la finca, por lo que es a las fechas de éstas a lo que hay que atenerse para determinar la preferencia de los controvertidos derechos y la inscripción que deba prevalecer. Ha de ser de aplicación, dadas las circunstancias concurrentes, el conocido principio de Derecho «prior tempore potior iure» y, por ello, reputarse preferentemente el título de dominio de los recurrentes por derivar de otro más antiguo, con inscripción registral anterior y acreditado tracto sucesorio y sin interrupción alguna. (Sentencia de 9 de diciembre de 1980; ha lugar.)

5. Derecho de familia

37. *Reconocimiento en testamento de hijos ilegítimos no naturales. Derecho a alimentos.*—Admitidos por la propia representación de los demandados la filiación dicha, es obligada la aplicación directa de los artículos 139 y 143 Código civil, que en modo alguno han sido interpretados erróneamente.

Derecho a alimentos. Necesidad.—La Sala de Instancia no niega la prestación alimenticia por infracción de los artículos que se dicen erróneamente interpretados, sino por la falta de necesidad de la hija menor postulante, que es supuesto inexcusable y primario para la exigencia de alimentos y auxilio necesario para la subsistencia.

Apellidos de hijos ilegítimos no naturales. Aplicación de la Constitución.—Ha de rechazarse la interpretación errónea que se denuncia—al no permitirse la conservación del apellido paterno de uso corriente—del artículo 55 Ley Registro Civil, en relación con el principio de igualdad de los hijos del artículo 39 de la Constitución, porque este artículo está comprendido en el capítulo tercero del Título Primero y consiguientemente en la prohibición de su aplicación directa, según el artículo 53-3 de la Constitución, de modo que esta Sala no puede tomarlo en consideración para, al socarirse de una interpretación que sería más bien un desarrollo modificativo de una norma, adelantarse a una precisión legislativa que la propia Constitución prohíbe para remitirla al legislador ordinario, como en efecto éste ya ha hecho con el proyecto hoy en trámite de modificación del Código civil. (Sentencia de 8 de mayo de 1981; no ha lugar.)

NOTA.—El caso objeto de esta sentencia tiene su origen en un testamento otorgado por un casado en el que, diciéndose soltero, reconocía como hijos naturales suyos a dos hermanos a los que, al parecer, también instituyó herederos.

Dos hijas legítimas del matrimonio contraído por el testador demandan, entre otros extremos, la nulidad de las inscripciones de reconocimiento practicadas en el Registro Civil. La representación de los demandados se aviene a esa pretensión principal, pero en la reconvencción pide se mantenga el

apellido paterno, por ser de uso corriente y por estar probada la filiación ilegítima no natural, y que se reconozca derecho a alimentos respecto de la demandada menor de edad.

A diferencia del caso muy especial resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo del 19 de enero de 1972, en la que se decidió la conservación del apellido paterno para unos hijos adulterinos, en la sentencia actual el Tribunal Supremo rechaza esta conclusión con una argumentación—la no aplicación inmediata de los principios constitucionales—quizá innecesaria. Bastaba, en efecto, tener en cuenta que el artículo 55 de la Ley Registro Civil, invocado en el recurso, sólo faculta al Encargado para imponer unos apellidos de uso corriente al nacido, cuya filiación no determine otros y en este supuesto los nacidos figuraban ya inicialmente como hijos naturales reconocidos por su madre soltera.

En todo caso, aunque la cuestión haya perdido importancia una vez publicada la Ley 11/1981, de 13 de mayo, al quedar reducida a un problema de derecho transitorio, es destacable la rotundidad con la que el Tribunal Supremo rechaza la aplicación inmediata del principio de igualdad de los hijos ante la Ley proclamado por la Constitución. Solución compartida en cuanto al extremo concreto de la inscripción de hijos no matrimoniales antes de la nueva Ley, por la doctrina de la Dirección General de los Registros (Resoluciones de 8 de mayo, 9 de junio y 22 de julio de 1980).

Finalmente, es llamativo que el principio de retroactividad de la nueva Ley sobre filiación, patente en su disposiciones transitorias 1.ª y 5.ª, lleva a la conclusión de que la presente sentencia pierde en parte su autoridad de cosa juzgada, ya que el reconocimiento contenido en el testamento discutido habrá que estimarlo ahora válido e inscribible, siempre que resulten ya cumplidos los requisitos que exige la nueva Ley

J. D. C.

38. *Acción de desconocimiento de la paternidad del marido. Artículo 111 Código civil.*—A diferencia de lo que ocurre con la acción de impugnación basada en los artículos 108, párrafo 2.º y 112, en la acción de desconocimiento del artículo 111 el hijo o la madre tendrán que ser quienes prueban la concepción por el padre, dada la presunción de ilegitimidad que la separación motiva en favor del marido, y esta segunda acción es imprescriptible al no ser de aplicación a la misma lo dispuesto en el artículo 113.

Medidas provisionales de separación dejadas sin efecto.—De los hechos probados resulta que por providencia judicial de 22 de febrero de 1974, a instancia de la demandada—hecho silenciado por el actor en su demanda—se dejaron sin efecto las medidas provisionales de separación, una vez declarada la caducidad de la causa de separación conyugal, y ello tuvo lugar cuatro o cinco meses antes de los de junio o julio de 1974 en que normalmente hubo de ser concebido el hijo, de modo que en este momento los esposos no estaban en situación de separación legal.

Acción de impugnación de la paternidad.—Dados los hechos probados hay que aplicar al hijo la presunción del párrafo 1.º del artículo 108, de modo que incumbe al marido la prueba de la imposibilidad de tener acceso con su mujer dentro de los 120 días de los 300 que precedieron al nacimiento del hijo, y esta prueba no puede consistir en meras presunciones y no ha logrado el marido demostrarla más allá de algunos meros indicios. (Sentencia de 22 de mayo de 1981; no ha lugar.)

39. *Procesos relativos a bienes gananciales. Legitimación pasiva.*—Corresponde al marido la unidad de dirección, a los fines de la gestión, de los

bienes gananciales. La exigencia del consentimiento uxorio, cuando se trate de disposición de bienes inmuebles, justifica la intervención de la mujer en los requerimientos y actuaciones judiciales, del mismo modo que justifica la condena de los dos cónyuges al cumplimiento del compromiso de venta.

Recurso de casación. Requisitos formales.—Está mal interpuesto el recurso en que se invoca el número 1 del artículo 1.692 de la L. E. C. sin decir cuál es la Ley que se interpretó con error, por lo que se incumple la exigencia de claridad y precisión del artículo 1.728 de la misma Ley procesal. (Sentencia de 11 de abril de 1981; no ha lugar.)

6. Derecho de sucesiones

40. *Sustitución fideicomisaria en Cataluña. Interpretación de la palabra hijos.*—Ha de claudicar la errónea interpretación del artículo 114 y la aplicación indebida del artículo 174 de la Compilación de Cataluña, que se denuncian, porque la sentencia no hace aplicación alguna de dichos preceptos, ya que el segundo de ellos ni siquiera se cita y el primero lo es, no como directamente aplicable, sino como expresivo de la regla general tradicional de Derecho foral de que «en la denominación de hijos se comprenden los nietos y biznietos y los demás que descienden de ellos», según Calistrato en el Digesto.

Régimen de derecho transitorio de la sustitución fideicomisaria.—Debe regirse según el Derecho vigente a la muerte del causante no obstante que la apertura de la sucesión del fideicomisario sea posterior, y es el mismo derecho el que decide la existencia, contenido y alcance del derecho de los fideicomisarios durante todo el tiempo que transcurre entre la muerte del causante y las de los fiduciarios, pues éste es el criterio que informa las disposiciones transitorias del Código civil—especialmente las 1.ª, 2.ª y 12.ª—, a que se remite la disposición transitoria 6.ª de la Compilación.

Interpretación de testamento.—Es inadecuada la invocación a la interpretación sociológica del artículo 3 del Código civil, porque ni el testamento ni otro negocio jurídico puede equipararse a la ley en sentido estricto a los efectos de aplicar a aquél las reglas sobre interpretación de las leyes y no pueden ser desconocidas las esenciales diferencias que, pese a notas comunes, separan la interpretación de la ley de la de los testamentos.

Interpretación de testamento.—Ha de rechazarse el motivo que pretende sustituir por la suya propia la interpretación que el testamento ha merecido al juzgador de instancia, pues este quehacer es de su soberana incumbencia y su resultado debe prevalecer sobre el privativo del recurrente, a menos que aparezca de modo manifiesto que aquél es equivocado o erróneo por contradecir evidentemente la voluntad del testador.

Interpretación de la denominación «hijos».—El caso discutido ha merecido muy diversas interpretaciones, pero la propuesta como alternativa a la de la sentencia de instancia desconoce la antigua regla, sólo excepcionalmente mediante una paladina discriminación entre hijos, nietos y ulteriores descendientes, conforme a la cual la palabra «hijos» empleada en disposiciones de última voluntad comprende a todos los descendientes, según se

comprueba en tres fragmentos del Digesto, los 84 (Paulo), 201 (Juliano) y 220 (Calistrato) del Título XVI «De verborum significatione» del libro L. (Sentencia de 30 de abril de 1981; no ha lugar.)

41. *Tercera de dominio. Error de hecho en la apreciación de la prueba.* Es ineludible para acoger este error la cita concreta del documento obrante en autos del que resulte manifiesta e inequívocamente la equivocación del juzgador, lo cual no ocurre en modo alguno cuando en abstracto se invocan «los propios autos», aparte de que el documento que al parecer se menciona como auténtico ha sido tenido en cuenta por la Sala sentenciadora.

Error de derecho en la apreciación de la prueba.—Es preciso citar el precepto relativo a la apreciación de la prueba que se estime infringido, y la omisión de esta cita acarrea la desestimación del motivo, que en su momento debió ocasionar la inadmisión del mismo.

Aceptación tácita de herencia.—Ha quedado probado que por la recurrente se realizaron actos que demuestran una aceptación tácita de la herencia de su fallecido padre, con licencia marital, pues realizó actos que, como dice el artículo 999 Código civil «no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero», cuales concurrir al embargo de bienes de la herencia y solicitar su aceptación a beneficio de inventario, de cuya solicitud desistió, siendo condenada como simple heredera en el juicio ejecutivo seguido, y sólo transcurrido más de un año desde el fallecimiento otorgó escritura de repudiación de herencia, circunstancia ineficaz para enervar el carácter irrevocable de su aceptación, a tenor del artículo 997 Código civil.

Aceptación tácita de herencia.—Es cuestión de hecho sometida a la apreciación judicial.

Repudiación de herencia.—El que ésta sea irrevocable y con efecto retroactivo no lleva a la conclusión de que los recurrentes tengan el concepto de terceros en el juicio ejecutivo dirigido contra su causante, ya que la aceptación pura y simple recaída inutiliza los efectos jurídicos de la posterior renuncia.

Aceptación de herencia por persona casada.—Ha de decaer la invocación que se hace del artículo 995 Código civil no sólo porque el motivo prescinde de la base fáctica probada y no impugnada, sino también porque se quiere aplicar el artículo en su nueva redacción, que comenzó a regir en mayo de 1975, es decir, en momento posterior a los hechos debatidos, y el nuevo precepto carece de efecto retroactivo, según el artículo 2.3 del mismo Código.

Tercera de dominio.—Carecen de consistencia las infracciones que se denuncian del artículo 1.539 Ley Enjuiciamiento Civil, alegando que el juicio ejecutivo no se dirigió contra los recurrentes, pues se omite que la ampliación de la demanda del mismo juicio los incluyó de forma inequívoca y, por tanto, tuvieron en principio la condición de demandados y después la de citados de remate y ejecutados. (Sentencia de 12 de mayo de 1981; no ha lugar.)

42. *Renuncia de derechos.*—Así como respecto de la cuota viudal usufructuaria son aplicables las restricciones contenidas en los artículos 990 y 997 del C. c., en cuanto que la repudiación de la herencia no podrá

hacerse en parte, en cambio, tanto en la renuncia de los gananciales obtenidos como en el legado de usufructo vitalicio universal, tales restricciones no existen. (Sentencia de 4 de marzo de 1980; no ha lugar.)

II. DERECHO MERCANTIL

43. *Venta de acciones de S. A. Legitimación para la impugnación.*—Debe admitirse la violación del artículo 1.302 del C. c., en relación con los principios estatutarios, pues es indudable que no puede ejercitar la acción de nulidad quien no reúne los requisitos necesarios para hacerlo, concretamente, como ocurre en el caso debatido, quien carece de la condición legal de accionista, en el momento de la venta. (Sentencia de 11 de junio de 1980; ha lugar.)

44. *Ejecución de sentencia declarativa de la nulidad de acuerdos sociales.* La declaración de una nulidad de un balance en el extremo relativo a la aprobación del mismo y cuenta de pérdidas y ganancias no supone que los balances practicados en los años sucesivos adolezcan de dicha nulidad, puesto que en los mismos pudieron ser corregidos los vicios que le hicieron incurrir en la nulidad declarada. (Sentencia de 14 de marzo de 1980; no ha lugar.)

45. *Propiedad industrial. Fundamento del derecho de patente de invención. El requisito de novedad.*—El derecho de patente se asienta en la realidad indudable de una actividad verdaderamente creadora o cuando menos divulgadora de lo no conocido, bien en el concepto de novedad absoluta o universal, por lo que concierne a las patentes de invención, sea en el de novedad relativa o de ámbito nacional por lo que concierne a los modelos de utilidad. Si bien el artículo 46 del Estatuto de la Propiedad Intelectual no requiere la completa novedad de la invención para hacerla patentable es menester que la perfección del procedimiento técnico ya conocido signifique una mejora importante y no secundaria o de detalle, y si bien no es preciso que todas las reivindicaciones de la patente ofrezcan ese presupuesto de propia invención y novedad, las restantes sí habrán de presentarlo para integrar el conjunto, que se manifiesta como sistema nuevo para realizar el proceso creador de un resultado final. Los medios de prueba demuestran que el método de envejecimiento de los vinos reivindicado constituía ya vetusta práctica en diversas regiones, aun variando los detalles, pero sin cambio en lo fundamental. (Sentencia de 22 de marzo de 1980; no ha lugar.)

46. *Aval cambiario. Aceptación estricta.*—En su acepción precisa constituye el aval en nuestro ordenamiento positivo una fianza solidaria pero accesoria que por constar en la letra de cambio se somete al régimen propio de las obligaciones cambiarias y, en consecuencia, la obligación del avalista frente al tenedor desplegaría su eficacia una vez que el título haya sido desaten-

dido a su vencimiento por el librado y levantado el protesto (artículos 487 y 516 del C. co.).

Aval cambiario. Aceptación amplia.—Además de aquel significado como afianzamiento propio y privativo del contrato de cambio, existe un concepto más amplio del aval, en cuanto contrato de garantía de cumplimiento de otros negocios y por virtud del cual una o varias personas se comprometen a cumplir una obligación ya existente o que se crea en ese momento, otorgándola carácter solidario, siempre que se contraiga en términos generales y sin pactar expresas limitaciones. Por ello no existe violación de los artículos 486 y 487 del C. co. y 1.827 del C. c. al tener por impagadas letras no vencidas al tiempo de la presentación de la demanda, puesto que el avalista intervino y firmó el contrato causal de préstamo mutuo, no sólo en nombre y representación de la entidad de la que era director gerente, sino además en nombre propio, por lo que le vincula plenamente el contenido de la cláusula cuarta del contrato a cuyo tenor la falta de pago de cualquiera de los plazos para la amortización del préstamo o de los dos plazos consecutivos dará lugar al vencimiento de todos los pactados y al consiguiente derecho del acreedor para exigir el inmediato pago de la totalidad del capital. (Sentencia de 21 de marzo de 1980; no ha lugar.)

47. *Contrato publicitario. Forma y perfección.*—No se infringen los artículos 4.º y 23 del Estatuto de Publicidad ni tampoco el último párrafo del artículo 1.280 del C. c. al tener por eficaz un contrato a pesar de que éste carezca de constancia documental, ya que el C. c. adopta el principio espiritualista introducido en nuestro sistema jurídico por la Ley única del Título XVI del Ordenamiento de Alcalá que consagró el principio de la libertad en la contratación reflejado en los artículos 1.254, 1.258 y 1.278 del C. c., exigiendo tan sólo forma especial para ciertos tipos, pero sin afectar a la validez como preceptúa el artículo 1.279, que no es modificado, sino complementado por el 1.280, lo que significa la plena eficacia de los contratos verbales.

Contrato publicitario. Naturaleza consensual.—Los negocios publicitarios en cuanto que consensuales se perfeccionan por el mero acuerdo de los contratantes, pues no existe en el Estatuto de Publicidad disposición que imponga la forma escrita, sino que rige el principio de libertad por aplicación de las normas generales del ordenamiento común, según se desprende implícita, pero claramente del artículo 25, al aludir a la constancia quirografaria como simple posibilidad de reflejar las declaraciones de los sujetos que crean la relación sinalagmática.

Competencia de la jurisdicción ordinaria en cuestiones suscitadas por un contrato publicitario y jurado de publicidad.—1.º La necesidad de interpretar conforme a los principios constitucionales la generalidad del ordenamiento positivo, no consiente excluir a la jurisdicción ordinaria del conocimiento del asunto para llevarlo a su decisión por órganos administrativos (artículos 24 y 117,5 de la Constitución). 2.º El artículo 65 del Estatuto de publicidad declara que las cuestiones de naturaleza civil se dirimirán ante los Tribunales ordinarios, «sin perjuicio de que los interesados puedan

previamente someterlas al Jurado de Publicidad», hipótesis contemplada como situación simplemente potestativa y por ello ajena a toda idea de «ius cogens». 3.º Aún prescindiendo de lo expuesto, para que fuera operante la marginación de los Tribunales ordinarios sería menester que estuviera iniciado el procedimiento a que hace referencia el artículo 68 y por consiguiente realizada ya la presentación de solicitud a la Junta Central de Publicidad fijando la controversia sometida a fallo y con la proposición de la terna a que alude el párrafo 3.º del artículo 66. (Sentencia de 24 de mayo de 1980; no ha lugar.)

48. *Arbitraje de derecho. Dudas sobre la vigencia de la Ley sobre Unificación de las Reglas sobre Conocimiento de Embarque.*—Las dudas surgidas acerca de la aplicación al caso de la Ley de 22 de diciembre de 1949, sobre unificación de reglas para los conocimientos de embarques en los buques mercantes, que introduce en el ordenamiento patrio lo acordado sobre la materia en el Convenio Internacional suscrito en Bruselas el 25 de agosto de 1924, pacto ratificado por España el 2 de julio de 1930, dudas que podrían suscitarse por cuanto las disposiciones de dicha Ley no rigen sin más en el transporte internacional de mercancías, sino que, conforme a lo ordenado en su artículo 24, requiere que se realice «entré naciones que ratificaron el Convenio de Bruselas y lo incorporaron a su legislación nacional», exigencia cuyo cumplimiento no consta en cuanto a Mauritania, han de ser desechadas atendiendo a lo declarado en el propio laudo de que los contratantes han decidido por vía convencional el sometimiento a la expresada normativa del negocio concertado sobre transporte marítimo de mercancías, insentando en el conocimiento de embarque la denominada «paramount clause» o cláusula de categoría suprema, en terminología universalmente difundida, y cuyo efecto consiste en atribuir a las reglas de la Ley del lugar de formación del contrato, en cuanto consagra la vigencia del Convenio de 1924, el valor de un compromiso libremente aceptado por los otorgantes para disciplinar el contenido del transporte estipulado.

Transporte marítimo. Responsabilidad del porteador.—La citada Ley de 22 de diciembre de 1949 responde al propósito de proteger al cargador frente a la irresponsabilidad que contractualmente favorecería de ordinario al porteador, y en tal sentido la diferencia más acusada entre su régimen y el del C. co. radica en que el primero es de carácter imperativo y no puede modificarse en perjuicio de los tenedores de los conocimientos de embarque, con la nulidad consiguiente de toda cláusula que exonere al naviero o atenúe su responsabilidad más allá de los límites que sus términos consienten (artículo 10), si bien viene permitida la adición de pactos agravándola (artículo 13), y aunque la resarcibilidad será nota de todo incumplimiento por el porteador de su primordial y típica obligación de transportar la mercaderías al punto de destino y entregarlas incólumes y sin mermas ni retrasos, siempre que la conducta incumplidora le sea jurídicamente imputable, lo que acontecerá cuando media culpa propia o de los dependientes y colaboradores terrestres o marítimos, sobre este punto la Ley no establece una responsabilidad genérica del fletante, como hace el Có-

digo de comercio (artículos 618, 619 y 620), sino que distingue entre «faltas comerciales», cuya responsabilidad le viene atribuida, y «faltas náuticas», de las que no surge deber de indemnizar (artículos 6.º, 7.º y 8.º), entendiendo que las primeras atañen de modo directo al manejo y cuidado del cargamento, mientras que las segundas hacen referencia a los actos que conciernen a la navegación y manejo del buque, según así se desprende del artículo 4.º, números 1.º y 2.º, del Convenio de Bruselas, y del artículo 8.º, párrafo 3.º a) de la citada Ley de Transporte Marítimo, por lo que en consecuencia deberá ser resarcido por el porteador todo quebranto patrimonial sufrido por el fletador que tenga su causa en el incumplimiento de las obligaciones de aquél, relativas a la custodia de las mercancías que transporte y a su entrega en buen estado al destinatario, responsabilidad que asimismo puede provenir de no haber seguido el capitán de la nave la ruta prevista en el contrato y que no es variable sin la concurrencia de «justa causa», como preceptúa el artículo 618 del C. co., y aún cuando el 9.º de la Ley de 1949, con criterio de mayor flexibilidad, dispone que ningún cambio de itinerario «razonable» será estimado como vulneración de su normativa o del contrato de transporte, «y el porteador no será responsable de ninguna pérdida o daño que de ello resulte», tal norma, contempla una cuestión de hecho, a dilucidar en cada caso con arreglo a las circunstancias específicas, cuya concurrencia ha de probar el transportista, demostrando la existencia de una situación de necesidad o cuanto menos de relevante utilidad que impusieron esa desviación para alcanzar el deseado éxito a la expedición marítima, caracteres que en manera alguna podrá ofrecer la mera y unilateral conveniencia del armador que ha contratado el transporte. (Sentencia de 21 de junio de 1980; no ha lugar.)

NOTA.—En el caso objeto de la decisión arbitral de derecho, antecedente del recurso promovido, el negocio de que se trata hace referencia al transporte en el buque M. B. por parte de la recurrente NAVIERA A., S. A., entre Barcelona y Nouakchott, documentado en cuatro conocimientos de embarque, de diversas mercancías, y si bien la nave llegó a la capital mauritana, puerto de destino, el día 29 de enero de 1977, permaneció fondeado hasta el 1 de marzo siguiente, fecha en que zarpó sin realizar la descarga, por decisión del capitán, siguiendo órdenes de los armadores, siendo de destacar que, sin embargo, del incendio ocurrido a bordo el día 12 de febrero; por tanto, mientras la nave se hallaba abarloada, con parcial destrucción de la carga, el laudo que se impugna sienta la categórica afirmación, no combatida en el recurso, de que no aconteció causa fundada para dirigirse inopinadamente al Puerto de la Luz, en Las Palmas de Gran Canaria, sin hacer entrega de los objetos transportados a sus destinatarios, de manera que las mercancías fueron descargadas en los almacenes que en dicha ciudad del Archipiélago tiene «Depósitos Comerciales L. C.», donde resultaron pasto de las llamas, una parte de las mercancías, y para llegar al pronunciamiento de condena el árbitro proclama la evidente culpabilidad que se aprecia en el incumplimiento del contrato de transporte, achacable sin discusión al capitán del buque y por tanto a la empresa porteadora, pues aunque inicialmente puede hablarse de una maniobra dolosa, estimulada por móviles no esclarecidos, urdida por un empleado de la Compañía de Seguros LLOYDS para provocar engaño en el naviero y en el capitán del M. R., careció de toda base verosímil la especie de que las autoridades portuarias mauritanas exigían una importante cantidad para permitir la descarga y proceder al avituallamiento, noticia que la resolución impugnada censura de «fantasmagórica y desusada»; no obstante, cuya inverosimilitud

y sin practicar cerca del representante o auxiliar del naviero en el puerto de escala las indagaciones dictadas por el buen sentido y la más elemental diligencia, levó anclas con manifiesta desatención al contenido del contrato de transporte y a sus obligaciones como porteador una vez rendido viaje, absteniéndose de realizar la descarga y hacer la entrega de las cosas a sus destinatarios a pesar de la dilatada estadía del buque en Nouakchott.

A. L. C.

49. *Legitimación activa del destinatario de las mercancías en contrato de depósito necesario mercantil.*—Viniendo la mercancía destinada a la entidad X, en régimen T. I. R. de importación, con preceptivo depósito legal a cargo de la entidad Y, concesionaria de la explotación del recinto T. I. R. en el Puerto de Barcelona, la entidad destinataria importadora tiene la cualidad de depositante y en consecuencia se encuentra legitimada activamente con tal carácter a efectos de la reclamación de daños formulada derivada de aquel contrato, por cuanto con el depósito legal y forzosamente constituido lo que se gestionaba era el interés del destinatario, dueño de la mercancía, garantizando el buen cuidado de ésta mientras aquél no estuviese en condiciones reglamentarias de retirarlas por su carácter de importadas. Tal legitimación viene además corroborada por el artículo 1.766 del Código, desde el momento que considera la obligación del depositario de guardar la cosa depositada no sólo con relación estricta al depositante o a sus causahabientes, sino también a la persona que hubiese sido designada en el contrato.

Impugnación de hechos probados.—En casación es norma indeclinable el respeto a los hechos que, como probados, contenga la sentencia dictada en la instancia y que sean fondo de la valoración probatoria llevada a efecto por el órgano jurisdiccional «a quo», si aquéllos no son impugnados, eficazmente por el cauce o vía que posibilita el núm. 7 del artículo 1.692 de la L. E. C.

Responsabilidad del depositario por daños causados interviniendo negligencia.—Implica falta de diligencia adaptable a la exigible al buen padre de familia y carencia de normal previsibilidad, que cumplida evitase consecuencia dañosa, el depositar en lugar inadecuado una mercancía, con sometimiento a la acción inclemente, normalmente perjudicial, de la lluvia, y más si, como alega el propio recurrente, no conocía exactamente la clase del material expuesto a aquélla, pues precisamente esta circunstancia imponía al depositario extremar sus cuidados y diligencia. (Sentencia de 26 de mayo de 1980; no ha lugar.)

III. DERECHO PROCESAL

50. *Omisión.*—«Omisión» y «ocultación» no son términos sinónimos, sino diferenciados por la nota de intencionalidad que caracteriza al segundo.

Ocultación maliciosa.—Según doctrina jurisprudencial anterior, la ocultación de medios de vida es suficiente para denegar el beneficio de pobreza, si no se prueba que los recursos omitidos se mantenían dentro de los

límites legales permisivos de que tal beneficio se conceda. Es decir, que la ocultación como causa denegatoria de la pobreza, es aplicable sólo en el caso de que la ocultación de algún medio de subsistencia del solicitante pueda influir en la realidad económica de este, sustrayendo a la apreciación del juzgador elementos de juicio para conocer, si la totalidad de los productos de sus bienes y demás ingresos dinerarios, excede o no del doble del jornal de un bracero en la localidad donde aquél tenga su residencia. (Sentencia de 10 de diciembre de 1980; ha lugar.)

51. *Carga de la prueba (su infracción). Fundamento del recurso.*—El artículo 1.214 del C. c., por su carácter genérico, en cuanto no hace referencia a la aplicación en concreto de ningún medio de prueba determinado, ni regula el valor ni eficacia de ninguno de los medios, puede ser fundamento de un recurso al amparo del núm. 1 del artículo 1.692 de la L. E. C. en el sólo caso de que el Juzgador, ante supuestos indiscutibles, imponga la necesidad de probar a quien no le incumbe y desconozca con ello la atribución de la carga probatoria que tal precepto hace.

Carga de la prueba. A quién incumbe.—Corresponde la carga de la prueba, en el sentido de pechar con las consecuencias de su falta, al litigante que denuncia el hecho y al que conviene, en su interés, aportar los datos normalmente constitutivos del supuesto de hecho que fundamenta el derecho que postula; y al oponente, o a la parte que contradiga aquel hecho, si esta contradicción presupone introducir un hecho distinto, o sea, totalmente opuesto o negador del contrario, bien limitativo o restrictivo del mismo, es decir, siempre que no se limite a la mera negación de los hechos opuestos. De donde resulta que no puede hablarse de infracción del «onus probandi» cuando lo que el juzgador haga sea limitarse a comparar y a dar prevalencia a la que juzgue más autorizada, satisfactoria o suficiente para acreditar el hecho de que se trate, o bien cuando distribuya la carga probatoria según lo dispuesto en el artículo 1.214 del C. c. y resuelva en consecuencia con su mandato, como sucedió con la prueba hecha por los actores relativa al hecho constitutivo de su pretensión, así como con la no probanza por la demandada del hecho extintivo que le correspondía. (Sentencia de 7 de febrero de 1981; no ha lugar.)

52. *Incongruencia.*—Que la modalidad de incongruencia aludida en el número 3.º segunda parte, del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denominada por la doctrina incongruencia negativa o por defecto, se ocasiona por la omisión en el fallo de todo pronunciamiento referente a una pretensión oportunamente deducida en el debate, vicio *in iudicando* denunciabile por este cauce arbitrado a tal efecto, que manifiestamente no se producirá si la resolución jurisdiccional contiene en su parte dispositiva una categórica declaración sobre todas las peticiones de las partes contendientes, problema distinto al del grado de acierto que pueda ser atribuible a los razonamientos aducidos por el Juzgador para fundamentar su tesis, que entraña cuestión a plantear por el ordinal correspondiente de los varios que el mencionado precepto contiene.

Impugnación del juicio de la Sala de Instancia.—El posible desacierto en el juicio lógico jurídico de la Sala de Instancia sólo podría ser censurado, bien acudiendo a la invocación de las reglas sobre hermenéutica contractual, ora amparándose en los preceptos legales del derecho general de obligaciones en relación con los que disciplinan la figura del arrendamiento de obra, pero no sirviéndose de un motivo de casación estrictamente ceñido al requisito procesal de la congruencia, indudablemente guardado por el Tribunal sentenciador como razonado queda. (Sentencia de 21 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

53. *Incongruencia. Alcance general del principio.*—El ajuste del fallo sobre la base del respeto absoluto a los hechos discutidos no ha de entenderse de modo literal y rígido, sino sustancial y razonablemente; y así, siempre sobre la base del respeto absoluto a los hechos, pueden los jueces aplicar las normas que estimen justas y adecuadas, aún no citadas por las partes, como respuesta jurídica correcta a la auténtica contienda suscitada, contienda cuya delimitación y perfil lo determina no sólo la petición de la parte actora, sino la pretensión o pretensiones opuestas.

Incongruencia en relación con la acción de división de cosa común.—El artículo 404 del C. c. no hace sino dar la solución práctica como consecuencia de la aparición de un obstáculo a la división material (art. 400 del C. c.) pedida por la actora, de donde resulta la necesidad de considerar juntamente ambas normas como integrantes de una más amplia y la natural consecuencia de concluir que, pese a no haber sido alegada por la demanda, su aplicación por la Sala de Instancia no puede ser nunca incongruente ni constituir la llamada incongruencia mixta. (Sentencia de 28 de febrero de 1981; no ha lugar.)

54. *Incongruencia mixta.*—El principio de congruencia, derivado del de rogación, que sanciona el artículo 359 de la L. E. C. obliga a la armonía y correspondencia entre la parte dispositiva de la resolución judicial y la pretensión o pretensiones deducidas por las partes mediante el sustancial—no literal—acatamiento a lo solicitado y a los hechos en que la pretensión se funde, pero sin ampliar la decisión a extremos no controvertidos, sin otorgar más de lo pedido y sin omitir la pertinente declaración solicitada, incurriéndose, por tanto, en incongruencia, tanto cuando se otorga cosa distinta a la instada como si se hacen declaraciones no pedidas. Se ha incurrido en la incongruencia llamada mixta al haberse fallado sobre un extremo no solicitado, ni siquiera indiciariamente deducible de las alegaciones contenidas en los escritos de la parte expositiva del pleito, antes bien, expresamente incluido. (Sentencia de 22 de diciembre de 1980; ha lugar.)

55. *Incongruencia entre fallo y demanda. Aplazamiento de cuestión planteada. Contradicción entre considerandos y fallo.*—Aparte de que las sentencias que absuelven de la demanda son siempre congruentes, al entenderse que resuelven todas las cuestiones planteadas en la litis, salvo que el fallo se fundamentase en una excepción no alegada ni estimable de oficio, esa aparente contradicción entre considerandos y fallo no existe, pues el propio

Juzgador no deja de razonar que al ser muy distinta la cuestión que se plantea con lo pedido en el suplico de la demanda no hace sino, en acatamiento del principio de congruencia, vedarle al actor la forma en que lo ha sido. Por lo que cabe afirmar que el Juzgador ni deja de resolver sobre las pretensiones oportunamente deducidas en el suplico, ni aplaza, dilata o niega la resolución de las cuestiones planteadas en el pleito en la forma que llegan al referido suplico y si, en efecto, deja aparte un posible derecho de los actores, son los mismos los que han provocado. (Sentencia de 20 de enero de 1981; no ha lugar.)

56. *Documento auténtico.*—No tiene la condición de documento auténtico a efectos de casación, puesto que es el fundamental en que la demanda se apoya y fue examinado detalladamente por el Tribunal.

Prueba pericial.—Es de libre apreciación de los Tribunales, y además la sentencia ha sido dictada sobre la base de toda prueba practicada, no siendo lícito desmembrar la misma limitándose a examinar una de ellas.

Cuestión nueva.—Al ser cuestión nueva, no planteada en instancia, incide en causa de inadmisión que en esta fase procesal deviene en causa de desestimación.

Interpretación de los hechos.—El recurrente hace supuesto de la cuestión, pretendiendo que prevalezca su interpretación de los hechos contraria a la más objetiva de la Sala. (Sentencia de 23 de marzo de 1981; no ha lugar.)

57. *Arrendamiento de local de negocio. Valor probatorio del inventario.*—El inventario firmado por las partes al otorgar el contrato de arrendamiento del local objeto del desahucio no tiene el carácter de documento auténtico a efectos de casación.

Interpretación del contrato.—Ha de estarse a la interpretación del contrato hecha por la Sala de Instancia siempre que ésta no sea ilógica o absurda, y más cuando, como en este caso, tal interpretación ha sido efectuada teniendo en cuenta el conjunto de la prueba. (Sentencia de 27 de abril de 1980; no ha lugar.)

58. *Datos de hecho.*—Sólo pueden ser impugnados por la vía procesal del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 29 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

59. *Denegación de prueba. Quebrantamiento de forma.*—Del examen de los autos claramente se advierte que no aparece incorporada a los mismos la certificación del Registro de la Propiedad que, solicitada por la parte actora, hoy recurrente, como medio de prueba, fue acordada su admisión por el Juez de Primera Instancia, por lo que la no constancia en el pleito del mencionado documento pone de manifiesto que la prueba no se realizó y, por ello, no pudo surtir efecto en juicio, sin que aparezca que esta omisión fuera debida a culpa de la entidad recurrente que la propuso y la que no tuvo posibilidad de conocimiento hábil hasta la Segunda Instancia, en trámite de instrucción, de lo que deriva la obligada consecuencia de estimar el recurso, por cuanto la Sala de Instancia infringió lo dispuesto en el artículo 862, 2.º de la L. E. C. (Sentencia de 3 de junio de 1980; ha lugar.)

60. *Recurso de revisión.*—Sólo se dará contra la sentencia que haya adquirido el carácter de firme, conforme al artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cualquiera que sea la instancia que haya recaído y el Tribunal que la hubiese dictado.

Recurso de revisión frente a sentencias del Tribunal Supremo.—Las sentencias en casación de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sólo podrán ser objeto de revisión, si se refieren a recursos en cuanto al fondo de un asunto y sean estimatorios del mismo. Por tanto, no contra recursos por quebrantamiento de forma y desestimatorios.

Retención de documentos.—El número primero del artículo 1.796, sólo entrará en juego si los documentos hubiesen sido retenidos por fuerza mayor. Circunstancia que no se cumple cuando éstos pudieran haber sido presentados por el recurrente en la probatoria del pleito. (Sentencia de 21 de febrero de 1981, no ha lugar.)

Hechos.—Pleito instado por un Ayuntamiento sobre acción declarativa de dominio, frente a un vecino de la localidad.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda. Frente a ella se interpone por el Ayuntamiento recurso de apelación ante la Audiencia Territorial, recurso que será acogido por ésta.

El demandado, a su vez, interpone recurso de revisión por quebrantamiento de forma contra la decisión de la Audiencia. Al ser desestimado éste, interpone una nueva revisión contra las sentencias de la Audiencia y el Tribunal Supremo.

61. *Recurso de revisión. Empleo de fraude. Determinación del «dies a quo».*—El recurso de revisión no puede extenderse a supuestos distintos de los taxativamente señalados en el artículo 1.796 de la L. E. C., cuya cumplida justificación es de todo punto necesaria para llegar a la rescisión de un fallo maculado por la concurrencia de tales vicios trascendentales. Por lo que al empleo de fraude concierne, se requiere, además de un prueba incontestable, como tal evidenciadora de que la sentencia fue ganada por medio de ardidés o artificios impositivos de la defensa y constitutivos de la maquinación fraudulenta a que se refiere el núm. 5 de aquel precepto, la inexcusable fijación por el recurrente, de una manera clara, del elemento temporal o «dies a quo», expresando la concreta fecha en que tuvo conocimiento de la maniobra dolosa, permitiendo de esta suerte la realización del cómputo de los tres meses fijados como plazo en el artículo 1.798 de la L. E. C. (Sentencia de 19 de enero de 1981; no ha lugar.)

62. *Legitimación activa en juicio extraordinario de revisión de sentencia recaída en juicio de desahucio.*—Tal legitimación debe entenderse extendida no sólo a los que fueron interpelados en el litigio, sino a todos aquellos que por estar interesados directamente en su resultado, debieron ser llamados a él.

Juicio de desahucio. Traspaso de local comercial en subasta. Maquinación fraudulenta.—La actora en el juicio de desahucio conocía la existencia del procedimiento judicial en el que había sido embargado el derecho de traspaso del arrendatario, no siendo admisible que ignorara el desenlace del mismo.

La ocultación maliciosa del resultado del procedimiento sumario y su trascendencia en orden a la persona que ostentara la cualidad de arrendatario constituye, pues, una verdadera maquinación fraudulenta, para cuya calificación no es óbice que no se le notificara la mejor postura ofrecida en la subasta, pues aunque ello le confiera el derecho de no reconocer el traspaso, se requería una actuación por su parte a fin de hacer efectivo tal derecho y en el *interim*, no habiéndolo verificado así, no podía hacer caso omiso de la situación jurídica originada en orden a la titularidad de arrendatario, al efecto del ejercicio de la acción resolutoria del arrendamiento. (Sentencia de 19 de enero de 1981; ha lugar.)

63. *Rescisión de la sentencia.*—El que por razones de seguridad jurídica y orden social en pro de la certidumbre de los derechos declarados en resolución firme, se hable de la santidad de la cosa juzgada y se establezca por el derecho positivo la irrevocabilidad de aquellas resoluciones, no es óbice, para que la ley, recogiendo la tradición histórica de las Partidas, prevea en aras de la justicia, la posibilidad de una defensa excepcional para obtener la rescisión de la sentencia fundada en presupuestos antijurídicos y siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 1.796 de la L. E. C.

Maquinación fraudulenta.—Como maquinación fraudulenta comprendida en el número cuatro del artículo 1.796, se considera la ocultación maliciosa por el demandante al Juez del verdadero domicilio del demandado, para obtener así declaración de rebeldía y llamamiento por edictos con la consiguiente indefensión del demandado y obtención de sentencia favorable por el demandante. (Sentencia de 30 de octubre de 1980; no ha lugar.)

Hechos.—El demandante formula ante el juez de Distrito escrito de juicio verbal de desahucio, sobre resolución del contrato de arrendamiento por falta de pago de la renta. El juez de Distrito estima la demanda y dicta el correspondiente desahucio. Frente a esta sentencia el demandado interpone recurso extraordinario de revisión al amparo del número cuarto del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

64. *Recurso de casación en ejecución de sentencia. Doctrina general.*—El recurso de casación autorizado por el artículo 1.695 L. E. C., e introducido por primera vez en nuestra legislación por el párrafo 2.º del artículo 6.º de la Ley de 22 abril 1878, tiene por finalidad evitar las extralimitaciones de los Tribunal de Instancia con merma de los derechos de los litigantes en un trámite contra el que no sería posible utilizar ningún recurso ordinario, y procede únicamente contra los autos que dicten las Audiencias en los procedimientos para la ejecución de las sentencias cuando resuelven puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, ni decididos en su parte dispositiva, o se provea en contradicción con lo ejecutoriado, por lo que su éxito precisa que los pronunciamientos recurridos no se ajusten a las declaraciones que la sentencia contenga o que modifiquen, alteren o decidan nuevos derechos, ampliando o reduciendo los términos de la resolución cuyo cumplimiento vincula a los contendientes y al propio juzgador; pero la doctrina sentada

por las SS. de 27 marzo 1969, 21 octubre 1969, 22 noviembre 1969 y 7 octubre 1970, ha modificado el supuesto de extralimitación al declarar que se entiende como extremos controvertidos en el pleito y decididos en la sentencia principal, no sólo los expresamente mencionados en el fallo de origen, sino todos los que sean consecuencia natural e ineludible de la esencia jurídica de la situación que resuelve. (Sentencia de 28 de abril de 1981; no ha lugar.)

Suscripción anual: España, 3.600 pesetas
Extranjero, 4.200 pesetas
Número suelto: España, 1.200 pesetas
Extranjero, 1.500 pesetas