

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 XXXV
FASCICULO I



ENERO-MARZO
MCMLXXXII

**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**

Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad

LUIS DIEZ-PICAZO

1. Aunque constituye uno de los capítulos básicos de la extensa reforma del Derecho de familia, ha quedado un poco oculto por otros temas con mayor pegada para atraer la atención del gran público, como pueden ser el matrimonio y el estatuto de los hijos ilegítimos. Es verdad que se trata de un tema menor, pero no creo que en modo alguno pueda decirse que es banal.

La reforma tenía por objetivo básico establecer la llamada patria potestad conjunta, esto es, la igual participación de ambos progenitores en su titularidad y en su ejercicio. Sin embargo, al mismo tiempo el legislador ha introducido, en el texto del Código civil algunas modificaciones que no dejan de ser significativas. El objetivo de hacer por igual partícipes a ambos progenitores en la titularidad y en el ejercicio de la patria potestad se encontraba prefigurado en la Ley de 2 de mayo de 1975, que consagró el principio de igualdad de los cónyuges dentro del matrimonio del que la patria potestad conjunta es una inevitable secuela. Después, con mayor fuerza, el artículo 32 de la Constitución ha hablado de «matrimonio con plena igualdad jurídica». La finalidad de igualar a los progenitores en la patria potestad trató de ser obtenida por una Proposición de Ley de la Minoría Catalana, a las pocas semanas de haber entrado en funcionamiento las primeras Cortes Generales después de las elecciones del 15 de junio de 1977. Madrugaron los catalanes y justo es decirlo. Y es justo decir que lo hicieron para propugnar una reforma del Código civil en un punto en el que es Derecho general de todo el Estado. Sin mengua de su carácter bien intencionado y progresivo, la Proposición de Ley de la Minoría Catalana era probablemente demasiado simple y planteaba más problemas de los que resolvía. De hecho se limitaba a sustituir la fórmula o expresión «el padre» o «el padre y en su defecto la madre» por «el padre y la madre». No se cuidaba de esclarecer de qué forma se llevaba a cabo el ejercicio conjunto.

El Gobierno de 1977 aceptó el espíritu de la Proposición de Ley, pero señaló la conveniencia de disponer de un texto más completo, que él mismo se ofreció a presentar en corto plazo. Cumplió el Gobierno su compromiso en el mes de septiembre de 1978 y en el «Boletín Oficial de las Cortes», núm. 148 publicó un «Proyecto de Ley sobre Re-

forma del Código civil en materia de patria potestad», al que llamaremos Proyecto 78. Al disolverse las Cortes Generales tras la aprobación de la Constitución, aprovechó el Gobierno la ocasión para retirar los dos proyectos de reforma del Derecho de Familia presentados hasta entonces (patria potestad y régimen económico conyugal) y redactar un nuevo Proyecto de Ley recogiendo y simplificando con los dos citados el que entre tanto había aprobado el Consejo de Ministros sobre reforma de filiación. Todo ello dio origen al llamado «Proyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio», que fue publicado en el «B. O. de las Cortes Generales», núm. 71, el 14 de septiembre de 1979, al que en lo sucesivo llamaremos Proyecto 79.

2. La Reforma del Título VII del Libro I ha estado guiado por el objetivo primordial de instaurar en nuestro Derecho la patria potestad conjunta. Este punto, a cuyo comentario a partir de ahora nos dedicaremos, es sin duda el fundamental. No es, sin embargo, el único. No es por ello impertinente tratar de analizar el régimen jurídico de la patria potestad que tras la reforma aparece y extraer lo que es posible llamar sus características generales o sus líneas de tendencia. No son fáciles de identificar, pero vale la pena intentar la tarea.

1.º En la redacción que el Código civil tenía desde 1889, se dibujaba una potestad del padre. Potestad se escribe casi como majestad. El padre en el que los textos pensaban era un dios. Era un Júpiter tonante o un dios del Sinaí. La definición de los poderes punitivos resultaba especialmente gráfica. El jefe de la familia, según la concepción patriarcal que encuentra reflejo en los textos de aquellos viejos artículos 154 al 168, era al mismo tiempo un legislador y un juez. Podía ser también el patrón a cuyo servicio se coloca la fuerza de trabajo de los hijos. Más hijos constituían mayor riqueza en el sentido estricto de la palabra. Cuando hoy se recuerda la idea de Marx de que proletario es el que no tiene más riqueza que su prole, no se alcanza a comprender bien la frase, que no deja de parecer un contrasentido, porque hoy la prole se concibe en términos de carga o de peso. Sin embargo, es verdad que era estrictamente riqueza y riqueza que se usufructuaba. El régimen de trabajo de los hijos no se encontraba explicitado en el Código civil y, como en tantas otras ocasiones, sólo resulta inteligible a través del régimen de la propiedad. En este sentido, el artículo 160 era bien significativo: «Los bienes que el hijo no emancipado haya adquirido o adquiriera con su trabajo o industria, pertenecen al hijo en propiedad y en usufructo al padre o a la madre que le tenga en su potestad y compañía». Es verdad que este artículo hablaba de los bienes que se adquieren con el trabajo, pero no hay dificultad en considerar como bien que con el trabajo se adquiere el salario o la retribución del trabajo.

Que la patria potestad de nuestro Código y de los códigos civiles seguidores del modelo francés es un poder autoritario, que, como todos los verdaderos poderes, puede llegar a ser arbitrario y atrabiliario, lo demuestra la regla del artículo 1.903, que no tiene correspondencia en los sistemas jurídicos de origen anglosajón. El padre es responsable de

los perjuicios que causan los hijos menores de edad que viven en su compañía. Es verdad que el inciso final del artículo 1.903 modula la responsabilidad haciéndola cesar cuando se pruebe que se ha observado la diligencia necesaria para prevenir un daño. Mas no por ello deja de ser cierto que el artículo 1.903 está presuponiendo un padre que controla todo lo que ocurre dentro de su familia y que tiene en su mano los resortes necesarios para que las cosas ocurran o no ocurran. Vuelve a ser una especie de dios providente. En la redacción inicial, la responsabilidad comprendía los daños causados por los hijos menores que eran —no se olvide— todos los que se encontraban por debajo de los ¡veintitrés años! La autoridad tiene que ser muy importante para que tal responsabilidad se dé. En una sociedad como la nuestra, la pregunta relativa a cuál es la diligencia que el padre debe poner para evitar el daño y excusar la responsabilidad carece casi de sentido. Y suprimiría el «casi», si pudiera subrayar que la diligencia se mide de acuerdo con los «standards» usuales, pues la diligencia objetivamente usual es más bien escasa.

Tras la reforma, la figura del padre-Júpiter tonante pasa a ser historia. He dicho alguna vez, medio en broma medio en serio, que el dibujo robot del padre que cruza a través de la reforma es el que los actuales legisladores hubieran deseado tener cuando en vez de legisladores eran niños, porque lo fueron alguna vez. La primera vez que avancé esta idea alguien replicó que en esta regulación de la patria potestad podía existir un freudiano sacrificio ritual del padre. Y aún se podría añadir que tal vez se ha producido una traslación encarnando en el padre autoritario los demás seres autoritarios que padecemos aunque no fueran en rigor padres nuestros. Ahora aparece un padre lleno de ternura y de preocupaciones por sus hijos. La patria potestad no es un poder que satisfaga las aspiraciones del titular. Se ejerce en beneficio de los hijos. El padre deja de ser un legislador y un juez y se convierte en un probo funcionario que puede «recabar el auxilio de la autoridad». Y no es desacertado señalar que esa «autoridad» no es, por supuesto, la suya. Puede parecer un puro juego semántico, pero es exacto decir que desaparece el *ius puniendi*. En el antiguo artículo 155, entre los poderes del padre se mencionaba la facultad de corregir a los hijos y castigarlos moderadamente. Ahora se dice «imponer a los hijos moderadamente medidas de corrección». Decía que no es un juego semántico, porque el *ius puniendi* tiene por objeto extraer las consecuencias de un hecho ilícito y la facultad de castigar es el derecho de señalar una pena, con las funciones satisfactivas, represivas y preventivas de toda pena, mientras que la corrección tiene una única función pedagógica que no tiene por qué ligarse necesariamente con una previa falta. Hay algo, sin embargo, que ha quedado intacto: la *potestad exheredandi* que a la larga es el verdadero y único *ius puniendi* del *pater familias*. En este sentido, no es disparatado ver sociedades autoritarias y aristocráticas donde rige la libertad de testar y sociedades mesocráticas donde los poderes testatorios se encuentran restringidos o limitados. El sistema legitimario del Código civil, con las legítimas individuales y un sistema de

desheredación tan difícil que no debe haber prosperado nunca (la desheredación debe ser fundada en causa legal, cierta y probada), conduce a un tipo de hijos que no tienen por qué encontrarse a las órdenes del padre. Si se mira bien, tienen que ser mucho más obedientes los sobrinos.

2.º) La preponderancia de la esfera personal y de los derechos de la personalidad constituiría una segunda posible nota a destacar en la reforma. Frente al sistema del Código que sólo trata del cuidado de las fortunas, aparece ahora una patria potestad más volcada hacia la esfera estricta de la personalidad. La estrecha relación entre patria potestad y educación ha sido puesta de relieve muchas veces. Lo estaba ya en la Ley General de Educación. Lo está en el artículo 27 de la Constitución o en la Ley de Centros Escolares. Hay, en este campo, algún punto de reflexión. Se considera que constituye un derecho de los padres la elección de la educación, que es elección de un sistema educativo y de un ideario, entendido como una filosofía religiosa y moral. El tema, entendido de modo absoluto, es discutible. En la reforma del Código civil portugués se señala que, a partir de un cierto momento, aún antes de la llegada a la mayoría de edad legal, la profesión de modelos ideológicos constituye un derecho estricto de la personalidad.

Un dato significativo en relación con la pérdida de relevancia del autoritarismo se encuentra en la definición de las obligaciones de los hijos. El viejo artículo 154 decía que los hijos tienen, respecto de los padres, la obligación de obedecerles mientras permanezcan en su potestad y de tributarles respeto y reverencia siempre. El actual artículo 155 dice que los hijos deben obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad y respetarles siempre. Se puede sacar de ello la conclusión de que desaparece la «reverencia» y que el respeto se observa como deber pero no se «tributa».

Sin embargo, no se ha modificado en absoluto el deber de obediencia, cuyos límites no han estado nunca definidos por la doctrina civilista, que apenas se ha ocupado de estos temas. El viejo artículo 171 hablaba de las órdenes corruptoras, al mencionar las causas por las cuales se extinguía la patria potestad. Puede ser significativo que esta enumeración de causas haya también desaparecido. Por lo demás, es dudoso que la obediencia del hijo al padre pueda encuadrarse dentro del marco de la obediencia debida del Código penal y la desobediencia no figura entre las causas de desheredación.

3.º) La patria potestad del Código civil y del antiguo Derecho codificado era en verdad un instituto autoritario y era, al mismo tiempo, un instituto perteneciente en su totalidad al Derecho privado. Una relectura de los antiguos artículos 156 y 157 es llamativa. Cuando el padre recaba el auxilio de la autoridad gubernativa y cuando reclama un arresto, no tiene necesidad alguna de manifestar los motivos en que se funda. El artículo 157 lo exigía así únicamente para el caso de padre o madre que hubieren pasado a segundas nupcias. Está claro que un sistema radicalmente autoritario tiene que ser un sistema de

Derecho privado en que no hay intervenciones públicas. Por esto, una de las características del sistema de la reforma es el incremento de los controles públicos. Parece que hay como una desconfianza generalizada hacia los malos padres.

Tres normas son muy importantes en relación con lo que estamos diciendo. Se encuentra en primer lugar el artículo 158. Según este artículo el juez puede: adoptar medidas cautelares para asegurar la prestación de alimentos; dictar disposiciones a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titularidad de la potestad de guarda; y disposiciones a fin de evitar un peligro grave. La segunda norma en la que quería hacer hincapié es el artículo 173 y la amplitud que en él recibe la figura del defensor judicial. La tercera norma es el artículo 177: cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo se pueden adoptar providencias para la seguridad y recaudo de los bienes, tales como exigir caución para seguir en la administración, imponer una rendición periódica de cuentas o incluso nombrar un administrador. Por todas estas vías aparece un control público del ejercicio de la potestad, que, al ser públicamente controlada, deja de ser una potestad de Derecho privado. La adopción de las medidas (disposiciones y providencias se las llama) se pone en manos de la autoridad judicial (juez ordinario o juez tutelar de menores). La adopción de tales providencias o disposiciones es el resultado final de una pretensión, de suerte que el control es previo y no sólo de la autoridad judicial. Para comprenderlo debidamente no hay que preguntarse quién toma las medidas, sino a quién otorga la ley legitimación para poner en marcha tan delicados mecanismos. Y es aquí donde también experimentamos alguna sorpresa. En el artículo 158, cuando se trata de impedir a los hijos perturbaciones dolosas o evitar al menor un peligro grave, pueden presentar la solicitud al juzgado el hijo, cualquier pariente y el Ministerio Fiscal. Como se verá, la legitimación es amplísima. No llega a la categoría de una acción popular, pero casi, si se tiene en cuenta que no se mide (cualquier pariente) el grado de parentesco. En la regulación del defensor judicial la generosidad es todavía mayor, pues se habla de cualquier persona capaz de comparecer en juicio y en los casos de peligro económico se reitera el propio hijo, el Ministerio Fiscal y cualquier pariente. En el Proyecto 78 la legitimación era muy amplia pero las hipótesis de control ofrecían un mayor rigor. Así, se exigía que la vida, la seguridad o la salud del hijo se encontraran en peligro o que la administración de los padres pusiera en peligro el entero patrimonio de los hijos. Observaré finalmente que la puesta en juego de todos estos delicados mecanismos depende exclusivamente de la idea de peligro y que, aun cuando tal concepto se pueda en los casos concretos objetivar, su mensuración tiene siempre un notable elemento de arbitrariedad. Para saber si alguien es peligroso es decisivo el conjunto de las valoraciones sociales. Se puede recordar aquí el ejemplo de las transfusiones de sangre de los Testigos de Jehová.

El párrafo 3.º del artículo 154 dice que «si los hijos tuvieran su-

ficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar las decisiones que les afecten». Esta necesaria audiencia previa a la adopción de decisiones no la refiere el Código en el artículo 154 a audiencia del juez, sino del órgano familiar que va a adoptar la decisión. Es una audiencia del titular de la patria potestad a la persona sometida a ella. Se encuentra rigurosamente enlazada con la idea de que esta patria potestad se haga siempre en beneficio de los hijos y de acuerdo con su personalidad. Es obvio que no se trata de un requisito formal como puede ser la audiencia en justicia dentro del proceso, pues de esta «audiencia» no parece probable que quede rasgo documental. Como consecuencia de la norma podrá establecerse que una patria potestad reiteradamente ejercitada sin ningún tipo de audiencia constituye incumplimiento de los deberes legales en el sentido del art. 170 y podrá también dar lugar a cualquier otro tipo de reclamación.

El Código hace depender esta audiencia del hecho de que el hijo tenga «suficiente juicio». Significa ello que no se liga de manera automática con ninguna edad, sino con lo que antiguamente se llamaba el uso de la razón, capacidad de raciocinio o grado de inteligencia, que se resuelve en una casuística que ha de ser objeto de calificación en su caso por el juez.

El inciso final del artículo 154 dice que los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad. Coincide esta regla con algo que decía ya, en forma más prolija, el antiguo artículo 156 cuando habla de «impetrar el auxilio de la autoridad gubernativa». El precepto establece, no obstante su forma gramatical, un poder de los padres y un deber de las autoridades. Expresamente el antiguo artículo 156 decía que «deberá serles prestado», pero la supresión de esta frase no significa supresión de la idea de deber de la autoridad. Ello no significa una necesaria respuesta de la autoridad al requerimiento paterno, pues lógicamente habrá que calificarse, con una preliminar calificación, si los padres se encuentran, como el precepto requiere, «en el ejercicio de su potestad», lo que significa que están actuando dentro del marco de las competencias que la ley les atribuye. Por ejemplo, hacer volver a casa al hijo que la ha abandonado, etc. Lo que la autoridad presta es un «auxilio» o una colaboración. Se pone al servicio de la autoridad paterna para reforzar ésta o hacerla posible.

No es fácil determinar quién es esta «autoridad» a la que se puede recurrir. En el antiguo artículo 156 se hablaba de «autoridad gubernativa», lo que indica claramente órganos de la Administración Pública. Pienso que pueden ser órganos de la Administración con autoridad propia o con autoridad simplemente delegada y que puede ser la autoridad o sus agentes.

El artículo 154 concluye diciendo que pueden los padres también corregir razonable y moderadamente a los hijos.

La facultad de corrección mencionada en el último inciso del artículo 154 puede entenderse como el último resto de lo que en su tiempo fue el *ius puniendi* del pater familias. No creo que sea esa la

interpretación. El padre de familia no es ya un juez, ni puede imponer ningún tipo de sanciones. No se trata de aplicar la consecuencia jurídica que la comisión por el *filius* de un acto ilícito deba acarrear. La facultad prevista en el inciso final del artículo 154 no tiene carácter punitivo sino pedagógico. Lo que se permite a los padres y aquello para lo que se les faculta es *corregir* y corregir significa modificar un rumbo o una dirección estableciendo la más recta o la correcta. Por eso, toda corrección cumple una función pedagógica y educativa. Puede decirse que para ese viaje no se necesitan alforjas y que esa función educativa está ya prevista. Sin embargo, hay que recordar un viejo aforismo de acuerdo con el cual la letra con sangre entra. Lo que significa que en función educativa es lícita alguna forma de lesión o de injuria. De este modo lo que el inciso final establece es una causa de justificación del ilícito objetivo que en otro caso el padre cometería. La causa de justificación se liga con la apreciación del carácter objetivamente moderado o razonable.

El deber de los hijos de obedecer a los padres lo define el Código y lo sitúa específicamente dentro del marco de la potestad (mientras permanezcan bajo su potestad), lo que quiere decir, obviamente, que no existe este específico deber respecto de aquel progenitor que no sea titular de la patria potestad y que no existe tampoco cuando la patria potestad se ha extinguido. La obediencia significa el acatamiento, la observancia y el cumplimiento de un mandato. En principio ello supone la capacidad de emanar estos mandatos en cuanto reglas jurídicas de necesaria observancia y significa, en segundo lugar, la necesidad de llevar a cabo un comportamiento de ejecución ajustado a las previsiones del mandato. El hecho de que exista un deber de obediencia no excluye la posibilidad de examen de la licitud y de la corrección del mandato. La personalidad del hijo no queda anulada. La ley le otorga medidas de especial protección. Es consecuencia de ello que no puede ampararse en la «obediencia debida» de la que habla el Código penal como circunstancia eximente. El hijo que ejecuta una orden ilícita del padre no actúa en función de la obediencia y sólo podrá eximirse de responsabilidad por algún otro tipo de circunstancias.

En el sentido en el que movemos ahora nuestras reflexiones es también digno de atención el hecho de que la reforma del Código, como hemos venido señalando, haya rebajado en varios grados la jerarquía y el poder de mando de carácter patriarcal. Ello no obstante se ha mantenido, tal vez por su carácter anecdótico o porque el legislador no la recordó, la regla final del artículo 1.267, que recoge la vieja figura del llamado *metus reverentialis*, definiéndolo como «temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto». El deber que define el artículo 155 es un deber de obediencia, pero no un deber de agrado.

El deber de respeto forma parte del actual artículo 155, que con esta expresión sustituye la que contenía el antiguo artículo 154 cuando hablaba de «tributarles respeto y reverencia». Se produce una rebaja o reducción que en gran parte es lingüística. El redactor del

texto actual ha parecido entender que la reverencia supone una situación cuasirreligiosa y que la situación de tributario es también de profunda subordinación jerárquica. Sin el tributo y sin la reverencia queda el respeto. El respeto parece que es un *standard* o canon jurídico que se encuentra muy en relación con los usos generalizados en este tipo de relaciones y al cual se puede aplicar también, como en la diligencia, un criterio de carácter subjetivo (el que el padre ha tratado de imbuir). La obligación de respeto entrafía un posible mayor rigor en la consideración de los hechos injuriosos.

3. En el Derecho anterior a la reforma, era unánime la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de que el instituto de la patria potestad forma parte del orden público familiar de manera que no se puede someter a ningún tipo de negocios jurídicos, ni ser transferido, ni renunciado. Es posible plantearse la cuestión relativa a si, en el Derecho posterior a la reforma, subsiste el anterior planteamiento con las agudas aristas y el inquebrantable carácter con que antes venía dibujado. Los argumentos utilizables para tratar de quebrantar la monolítica tesis anterior pueden ser de vario carácter. Puede pensarse —y yo lo he repetido en un buen número de ocasiones— que una de las líneas del ordenamiento español y de los ordenamientos modernos es el cada vez mayor despliegue del Derecho de familia hacia la órbita del Derecho privado. Se podrá contraargumentar en orden a la función tuitiva que la patria potestad tiene, que la reforma destaca diciendo que se ejercerá siempre en beneficio de los hijos y que se subraya a través de los controles a los que la somete. Sin embargo, el contraargumento lleva sólo a rechazar la viabilidad de aquellos actos o negocios realizados en contra o en perjuicio de la función tuitiva, pero no la de aquellos otros que se realicen en favor de la misma. Es evidente que no tienen valor la renuncia o la transferencia. Deberá, sin embargo, observarse que en el Derecho anterior la renuncia lo era del titular único, mientras que ahora, en la normal situación de cotitularidad, la renuncia de uno de los cotitulares llevaría a la acumulación de la potestad en el otro.

El planteamiento del campo de los actos dispositivos debe limitarse al terreno de los cotitulares. La pregunta es si los cotitulares pueden reorganizar entre ellos el sistema de ejercicio, siempre que al negocio que para conseguirlo celebren no se le pueda poner un reparo causal por aparecer movido o enderezado al fraude o perjuicio de los intereses del beneficiario.

Las preguntas por las posibilidades de disposición se pueden, según entiendo, escalonar en tres planos diferentes:

a) El artículo 156 permite que la patria potestad se ejercite por uno solo de los progenitores, siempre que actúe con el consentimiento del otro. La pregunta es si es admisible un consentimiento previo, que, además, se produzca en bloque y en blanco, con o sin limitación temporal, de modo similar a lo que hasta ahora han venido siendo en el exclusivo plano de las relaciones conyugales las licencias generales.

Me parece una pregunta muy difícil de contestar. El principio general de autonomía aconseja dar una respuesta afirmativa, mientras no haya una anomalía funcional, como antes señalaba. Se podría alegar que por esta vía se hace posible una renuncia y que es de algún modo una renuncia de la ley. Sin embargo, cabría la réplica. Esos consentimientos anticipados y generales son siempre revocables y verdadera renuncia no hay. Finalmente, si hemos sostenido el carácter privado de los asuntos familiares, los acuerdos de los interesados —repito: sin anomalías funcionales— no parece que puedan ser puestos en tela de juicio.

b) Un segundo campo en el que los acuerdos de los titulares pueden entrar en juego es el de los estatutos que resuelven las crisis matrimoniales (separación, etc.). Hasta ahora los acuerdos en materia de patria potestad se consideraban impedidos por el hecho de que la patria potestad es irrenunciable e intransferible. El panorama cambia, porque, como he dicho, a partir de ahora se trata de acuerdos de cotitulares y de acuerdos que no modifican la titularidad, sino el modo de ejercicio. Personalmente, me siento inclinado por admitir este tipo de acuerdos con dos o tres condicionamientos: la homologación judicial cuando el estatuto de la crisis debe ser decidido judicialmente; el que la duración del acuerdo no sea nunca perpetua (se entiende: para toda la duración de la patria potestad) y finalmente que pueda ser modificado por la concurrencia de circunstancias sobrevenidas.

4. El principio general de la patria potestad conjunta lo sanciona de manera categórica el artículo 154: «Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre...». Obsérvese que la patria potestad conjunta es independiente de la existencia de matrimonio entre los progenitores y del carácter normal o crítico de ese matrimonio. En ocasiones podrá ello incidir en la modificación de la patria potestad o en su privación (cf. art. 150, cuando habla de «causa matrimonial») La confluencia de dos personas en una potestad plantea un problema teórico similar al que se cuestiona para tratar de esclarecer la hipótesis del condominio: si es una *compotestas* con una pluralidad de titulares (que es lo que parece más probable) o dos potestades que en virtud de su concurrencia se autolimitan. El Código habla de patria potestad o de potestad en singular y dice: la potestad del padre o de la madre. Lo que es conjunto es el ejercicio.

La concurrencia de dos cotitulares de un único poder jurídico, ¿cómo permite resolver los actos de ejercicio? El artículo 156 dice: «la patria potestad se ejercitará conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento del otro». Se desprende de ello, con las salvedades y con las excepciones que más adelante trataremos de ver, que la regla del ejercicio conjunto se traduce en un ejercicio mancomunado. El acto de ejercicio es un acto con dos autores. Puede ser un acto de declaración de voluntad y en este caso no hay inconveniente en que las dos declaraciones se emitan simultáneamente o que haya entre ellas un distanciamiento temporal. Parcialmente tiene este sentido el inciso del artículo 156 que habla de «actuar uno

sólo con el consentimiento del otro». Cuando los actos requieran un determinado comportamiento material podrá ese comportamiento material tener también dos autores, cosa poco frecuente, o ser comportamiento de uno con una previa autorización o consentimiento del otro. El Código no lo dice de una manera categórica, pero no parece existir inconveniente en que el «consentimiento del otro» del que habla el artículo 156 sea un posible comportamiento tácito (*facta concludentia*).

El párrafo 2.º del artículo 156 dice que, no obstante la disposición del párrafo 1.º, «valdrán los actos» que uno sólo de los titulares de la patria potestad realice conforme al uso social y a las circunstancias. La inteligencia de esta regla no es fácil. A primera vista parece una excepción al principio general del párrafo primero. Literalmente, reforzaría esta opinión el «sin embargo» con que el párrafo comienza. De ser así, habría un principio de ejercicio conjunto y una regla excepcional de ejercicio solidario presidida por el designio de facilitar el tráfico jurídico. Hay otra manera de entender la regla en cuestión. Se puede llamar la atención sobre el hecho de que al mandato inicial (se ejercerá conjuntamente) no se contraponen el mandato contrario (se ejercerá individualmente). La segunda regla dice «valdrán los actos». No hay una excepción a la regla del ejercicio conjunto, sino una norma relacionada con los actos y, por consiguiente, protectora de quienes tengan interés en tales actos, que no son sólo los titulares de la patria potestad, sino también los terceros con los que, o frente a los que, tales actos se realizan. Si nos situamos en esta línea, que puede ser provechosa, hay que hacer todavía una segunda observación. No se trata de una excepcional eficacia de actos inicialmente anómalos o irregulares. El nuevo artículo 156 no ha dicho «serán eficaces», sino «valdrán». Parece esto significar que no hay una protección en virtud de la apariencia, sino una objetiva validez del acto, que, como es lógico, determina una imposibilidad de impugnarlo para todos los que en él estén implicados: el progenitor que lo ha realizado, el tercero con quien se realiza, el progenitor que nada tuvo que ver con el acto.

Para la validez de los actos de ejercicio realizados por uno sólo de los progenitores impone el artículo 156 un requisito muy característico: que el acto sea conforme al uso social y a las circunstancias. Ante todo, tiene que haber una conformidad con el uso social. ¿Qué uso es éste? Hay que destacar que es social, lo que excluye los usos concretos de la concreta familia, que, en la medida en que hubieran sido conocidos por los terceros, podrían haber sido tenidos en cuenta. No son usos de un concreto grupo, sino usos del grupo social genérico. De algún modo presupone un sistema social en el que se practican unas distribuciones de funciones o de roles, de manera que lo que el precepto está diciendo es que vale lo que haga la mamá o el papá cuando coincide con lo que usualmente hagan las mamás o los papás. Además, la norma está suponiendo una uniformidad en el uso social de distribución de roles, cosa que hoy está muy lejos de suceder.

5. La patria potestad conjunta origina, salvando las distancias, una situación parecida a la de dos socios al 50 por 100. Cuando

no existe acuerdo, los órganos sociales no pueden funcionar. La solución que para el caso de los dos socios se puede preconizar —la disolución de la sociedad—, no cabe en nuestro caso por el simple hecho de que el desacuerdo se produzca en el ejercicio de la patria potestad. Para resolver el supuesto planteado no existen más que dos soluciones: que la ley determine quién de los dos cotitulares debe decidir o zanjar la cuestión y que se le atribuya esta potestad a un tercero que es normalmente el juez. Esta última es la solución habitual en el Derecho comparado. Ha sido una de las grandes críticas que los conservadores han hecho al sistema de la patria potestad conjunta: que nos pasaremos todo el día en el Juzgado. Me permitiría apostillar a esta línea crítica de excesivamente pesimista y poco realista. Pesimista porque presupone un grado de conflictividad en las parejas de progenitores, que necesariamente tiene que ser muy excepcional y que se dará entre cónyuges separados, pero no entre cónyuges en situación de vida común. Y poco realista porque olvida los mecanismos (psicológicos si se les quiere llamar así) por medio de los cuales los conflictos de una pareja se resuelven y la paz se recupera o no llega a romperse, porque hay uno que cede o se llega a una transacción o se esperan otras compensaciones. Esto significa tratar de restar dramatismo al párrafo 2.º del artículo 156. Este artículo prevé dos hipótesis:

1.º) *El desacuerdo simple*.—Es un desacuerdo que se produce sobre un único asunto en el que el acuerdo debiera mediar. Para esta hipótesis la solución del artículo 156 es que el juez atribuya la facultad de decidir a uno de los dos (al padre o a la madre).

Esta decisión se toma, según dice el artículo 156, tras oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y sin ulterior recurso.

2.º) *Los desacuerdos reiterados*.—Es una hipótesis que no necesita ser descrita. Los desacuerdos son constantes o simplemente se repiten. No es necesario que haya una postura injustificada, que se haya convertido en hábito. La base objetiva del supuesto es: la reiteración del desacuerdo.

En esta hipótesis se preceptúa que el juez, con las garantías procesales antes reseñadas, «podrá atribuirle (gramaticalmente se entiende la patria potestad) total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones».

Las soluciones son, por consiguiente, tres:

a) La atribución total de la potestad a uno de los padres. En este caso, la patria potestad del otro queda latente, en suspenso o en quiescencia. No creemos que se produzca una pérdida de ella, ni aun temporal. La regla del artículo 156 no es una regla de titularidad, sino de ejercicio.

b) La distribución de funciones.—Del conjunto de las facultades («funciones»), una zona se le otorga a uno y otra a otro. El problema que se puede plantear es cómo se establece el elenco de «funciones» que la ley no enumera de manera completa. Se puede pensar que son las

que señala el artículo 154, aunque no habría inconveniente en hacer una disección mayor.

c) La atribución parcial. La menciona el artículo 156 como una hipótesis distinta de las dos anteriores, esto es, de la atribución total y de la distribución de funciones, aunque sea obvio que esta última es también una atribución parcial. ¿Cómo se puede delimitar esta hipótesis? En ella hay determinados sectores o funciones que no se distribuyen, sino que se entreguen a uno sólo y otras que tampoco se distribuyen, sino que continúan en la mano común o conjunta.

6. Las medidas para los casos de desacuerdos reiterados tiene en la *mens legislatoris* un carácter provisional, porque la situación que los origina debe desaparecer, bien retornando la pareja a la normalidad o bien dándole salida por el sistema del estatuto de crisis conyugal.

El sistema normativo previsto para los casos de desacuerdos reiterados puede aplicarse cuando concurra cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad. La fórmula legal es un tipo abierto con el margen de arbitrariedad que ello conlleva. No es fácil de saber cuál es este entorpecimiento grave, que no viene motivado por los desacuerdos reiterados y tampoco por incapacidad, que tienen un trato especial. La definición que se dé, debe ir enderezada al beneficio de los hijos, pero no puede constituir una merma de las garantías de los progenitores.

7. El último párrafo del artículo 156 dice que «en defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro». Es una excepción al principio de la patria potestad conjunta y es una excepción muy importante. Lo es porque en una buena medida puede aplicarse en supuestos que no requieren para su puesta en marcha una decisión judicial, es decir, admite un halo de incertidumbre que puede ser especialmente complicado en aquellos casos en que el ejercicio de la patria potestad se encauza a través de documentos, especialmente cuando éstos sean de carácter público o notarial. ¿Cómo se acredita en tales casos que comparece uno sólo de los padres porque es el que ejerce exclusivamente la patria potestad? Entiendo que si existe título acreditativo, deberá incorporarse al documento, pero en los demás casos el notario deberá limitarse a manifestar lo que le indica el compareciente, lo cual deja un marco del posible defecto del acto por falta de poder de representación. ¿Cuáles son estos casos de ejercicio exclusivo de la patria potestad? Son cuatro y no se encuentran muy felizmente redactados: el defecto, la ausencia, la incapacidad y la imposibilidad.

8. Hace una enumeración de los deberes y facultades comprendidos en la patria potestad el nuevo artículo 154 en forma que resulta probablemente un poco prolija. En la redacción anterior el Código decía simplemente «alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos y representarlos». Ahora dice: «velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral».

La expresión «velar» comprende la dispensación de toda clase de cuidados, materiales espirituales, pero globalmente no es distinta de cada uno de los elementos que después se reseñan. El precepto tiene por ello un cierto sabor de redundancia y de él únicamente puede extraerse la conclusión de que los deberes básicos de la patria potestad imponen una especial diligencia. Más adelante veremos que el Código señala la diligencia del titular de la patria potestad como administrador de bienes estableciendo un criterio de diligencia subjetiva (*quam in suis*). Parece razonable deducir que, si bien en materia patrimonial o económica el canon de la diligencia se suaviza, no se puede llegar a la misma conclusión en el resto de los aspectos sobre los que versa la patria potestad, donde debe extremarse la diligencia. En este sentido, se debe «velar por ellos». La conclusión que se puede extraer es que en las materias no patrimoniales cabe incluso la culpa leve o la levísima.

b) «Tenerlos en su compañía» era una expresión afortunada de la redacción anterior que se mantiene. La compañía —que etimológicamente significa compartir el pan— es una relación interpersonal continuada, que presupone la comunidad de vivienda. Como en otros aspectos se dice del matrimonio, techo y mesa. Tener a los hijos en su compañía es un deber y una facultad de los padres. Que es una facultad significa la posibilidad de formular una reclamación cuando los hijos —por supuesto, pequeños— estuvieran retenidos por otra persona o institución. Para ello puede recabarse el auxilio de las autoridades públicas (cfr. art. 154, inciso final) y puede formularse una acción judicial que tendría que sustanciarse en un juicio declarativo.

Los padres pueden encomendar transitoriamente las funciones de compañía a otras personas o instituciones. Ha de producirse siempre con el consentimiento de los padres, con carácter transitorio y bajo la superior vigilancia de aquéllos. Este transitorio apartamiento debe ser realizado por exigirlo así el beneficio de los hijos (p. ej., internamiento en establecimientos sanitarios o de educación) o un necesario interés de la familia (v. gr., necesidad de realizar un viaje, etc.).

La violación de la obligación de «tenerlos en compañía» determina una situación que hay que calificar como abandono.

9. En la versión anterior del Código civil, la clásica y tradicional, el contenido representativo de la patria potestad aparecía de refilón, cuando en el artículo 155-1.º, después de citar como deberes de los padres los de alimentar a los hijos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos, decía: ... «y representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho». Ahora, en cambio, la representación legal de los hijos pasa a ocupar el capítulo segundo del título VII. En línea con lo que hemos dicho en punto a que el ordenamiento jurídico somete a controles lo que antes era una potestad precisa, destaca el hecho de que dentro de ese capítulo segundo la mayor parte se dedique a establecer los casos en que el titular de la patria potestad no representa al menor. Ello significa una dominante preocupación por los límites, pero significa también que se dota de claridad a algo que en la regulación anterior había que intuir; que el poder de

representación es la regla y los puntos en que el poder de representación no funciona constituyen las excepciones.

Es obvio que el poder de representación es ahora un poder conjunto, sometido a las mismas reglas del artículo 156, esto es, ejercicio mancomunado o actuación para uno con el consentimiento del otro. No hay, creemos, dificultades para aplicar la regla del ejercicio unilateral del poder de representación cuando ello sea conforme con el uso social y con las circunstancias. Lo que ocurre es que esta conformidad con el uso social y con las circunstancias corresponderá calificarla en primer lugar a quien le compete autorizar el acto.

La delimitación del ámbito del poder representativa se produce por detracción o por excepción. Hay una serie de actos que están exceptuados de la representación. Llama la atención la referencia que se hace a los actos de ejercicio de los derechos de la personalidad, siempre que el hijo puede realizarlos por sí mismo, de acuerdo con sus conocimientos de madurez.

Este párrafo suscita algunos puntos oscuros que tal vez necesiten reflexión. Ante todo se encuentra la idea de las «condiciones de madurez». Como en muchas otras ocasiones el Derecho moderno huye de las fórmulas automáticas muchas veces injustas, pero se mete de hoz y coz en el campo de lo incierto. ¿Cuándo se tienen condiciones de madurez que es obvio que no pueden juzgarse con criterios generales y objetivos, sino que hay que ponerlas en conexión con cada concreto sujeto de derecho? El enjuiciamiento no puede hacerse de manera previa, pues ello significaría bloquear el desarrollo de la vida jurídica. La decisión final queda limitada a un momento posterior y la calificación inicial habrá de tomarla el que tenga que asumir el riesgo del acto. La segunda posible cavilación es la siguiente. En aquellos casos en que es obvio (p. ej., por ser de muy escasa edad) que las condiciones de madurez no se reúnen, ¿hay verdadera representación? ¿Ejercita el padre los derechos de la personalidad del hijo o se limita a cumplir los deberes que la patria potestad le impone? Yo no creo que el padre que, v. gr., autoriza una operación quirúrgica o la extracción de un órgano ejercite por representación los derechos de la personalidad del hijo. Más bien me parece que lo que hace es cumplir con su propio ámbito de funciones y de potestades. Por ello tal vez el artículo 162-1.º más que una verdadera excepción a la representación legal, constituye una excepción del ámbito de funcionamiento de la patria potestad.

10. La existencia de conflicto de intereses entre padres e hijo constituye una hipótesis en que la representación legal no debe actuar. Es el supuesto de hecho del funcionamiento del defensor, que se encuentra desarrollado por el artículo 163 con mayor minuciosidad y detalle que en el antiguo artículo 165 y que no voy a comentar. Debo, sin embargo, hacerme una pregunta similar a la anterior. ¿Es excepción a la potestad representativa o ámbito de funcionamiento de la patria potestad? ¿Determina una inexistencia de poderes de representación que hace nulo el acto realizado de ese modo o produce

un deber de no entrar a actuar? Este problema es muy importante en relación con los terceros de buena fe con los que el acto representativo se produzca. En nuestra hipótesis de trabajo estos terceros son de buena fe, lo cual significa que no conocen el conflicto de intereses entre padre e hijo, que no tienen datos de los cuales la existencia de ese conflicto debiera inducirse razonable y diligentemente y que, por consiguiente, pueden confiar en el representante. La jurisprudencia anterior ha sido clara en el sentido de que los actos realizados por el padre en estas circunstancias son nulos. Entre la protección de los hijos menores y la protección de los terceros, esta línea interpretativa se inclina por los hijos menores y no veo ninguna razón para pensar ahora de otra manera. La letra de la ley, ahora más claramente conduce a esa solución. En esos casos no hay representación y el acto es un acto realizado por quien no es representante.

11. El poder de administrar los bienes es uno de los que constituyen el contenido de la patria potestad. Lo declara así el artículo 164 y se desarrolla este tema en el capítulo tercero. Interesa señalar que en la redacción anterior del Código se hablaba de una administración legal, mientras que ahora se habla simplemente de administración, distinguiendo este concepto del de representación. El deslinde de órbitas parece correcto. Se puede administrar sin llevar a cabo actividades representativas, como en todos aquellos casos en que el padre no manifiesta que actúa en representación del hijo, y se puede representar sin ninguna referencia a la esfera patrimonial.

El concepto de administración tiene en los artículos 164-168, como en tanto otros preceptos del Código civil, de redacción más antigua o más moderna, el doble significado de actividad genérica que se realiza en relación con los bienes y de administración en sentido estricto, esto es, conservación y actos necesarios para la obtención del normal disfrute y rendimiento.

Al padre como administrador, el código le coloca en paralelo con los administradores legales. Administra los bienes de los hijos, se dice, con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador y —se concluye— «las especiales establecidas en la Ley Hipotecaria». No sé de dónde procede este texto, aunque parece una abreviatura del antiguo párrafo 1.º del antiguo artículo 163, que aludía a las obligaciones de todo usufructuario o administrador y las especiales establecidas en la sección 3.º del título III de la Ley Hipotecaria. Esta referencia se entendía que era a los preceptos en los que se establece la obligación de constituir hipoteca, es decir, únicamente al artículo 168-3.º, según el cual tienen derecho a hipoteca legal los hijos sometidos a la patria potestad por los bienes de su propiedad usufrutuados o administrados por el padre o madre que hubieran contraído segundo matrimonio y sobre los bienes de los mismos padres.

12. Las excepciones al principio general de administración por los padres se encuentran enumerados en el artículos 164 y son las siguientes:

1.º) Los bienes adquiridos por título gratuito, cuando el disponente lo hubiera ordenado de manera expresa. Es claro que adquisición a título gratuito es tanto la donación como la herencia o el legado. Debe existir una orden expresa del disponente: expresa en el sentido de que debe encontrarse la declaración en el negocio jurídico y en el sentido de que debe operar como modalización del acto traslativo: y expresa también el sentido de que la *lex privata* de exclusión de la administración debe encontrarse fundada en una causa razonable y justa (corresponderá la demostración de que no existió a quien la impugne) y de que no se debe producir laguna sobre la administración. El Código dice: se cumplirá la voluntad del disponente sobre la administración de estos bienes.

2.º) Los bienes adquiridos por sucesión en el que el padre hubiera sido justamente desheredado o no hubiera podido heredar por causa de indignidad. Son administrados por el otro progenitor y, en su defecto, por un administrador judicial expresamente nombrado. Se recoge y puntualiza una regla que, en esbozo por lo menos, se encontraba en los artículos 761 y 857.

3.º) Los bienes de los hijos adoptados en forma simple cuando así lo hubiera acordado el juez que hubiera aprobado la adopción. Esta regla es una generalización del antiguo artículo 162, que se refería sólo a donaciones o legados para gastos de educación e instrucción. La idea de que el juez acuerde la adopción y no obstante ello establezca un mandato de exclusión del adoptante de la administración no deja de ser extraño. En el anterior artículo 166 para los padres que reconocieran o adoptaran en forma menos plena, se decía que no tenían la administración si no aseguraban con fianza su resultado. Esta regla ha ido sufriendo un peloteo histórico. Posiblemente tenía buen sentido para el tipo de adopción en que pensó el redactor del Código. Al fomentarse las adopciones, se dejó para la adopción simple. Ahora se la ubica entre las excepciones de la administración con la fórmula de que ha de haber acuerdo expreso del Juez en la aprobación.

4.º) Por último, se refiere el Código a los bienes que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria, volviendo a plantearse el ya conocido problema de si el precepto se refiere a los bienes que son directamente resultado del trabajo o a los que se adquieran invirtiendo las retribuciones del trabajo. La primera posible línea de interpretación que recoge una forma de expresarse el legislador que estaba ya en el artículo 160, cuadra con lo que se ha venido llamando el modo de producción precapitalista o de producción simple de mercaderías, que hoy en día será aplicable sólo a algunas formas de trabajo artesanal, cuando además no se realice el valor pecuniario de dicho trabajo mediante la venta del producto.

13. La reforma del Código ha hecho desaparecer la vieja figura del usufructo legal de los padres sobre los bienes de los hijos. Se encuentra ello en la línea de la tendencia reformista del recorte de los modelos paternos. La reforma es más nominal que real, aunque en

algunos casos puede conducir a resultados muy importantes. Para comprender el significado de la reforma hay que partir del núm. 2.º del artículo 155. Mientras conviven con la familia, los hijos están obligados a contribuir al levantamiento de las cargas de esa familia. Esta contribución, que el Código modula con una referencia a la equidad puede realizarse mediante una aportación de trabajo, con sus resultados en especie o con los resultados en dinero, cuando el trabajo se venda, o mediante el destino de los frutos de los bienes de pertenencia filial. Normalmente el destino de los frutos de los bienes de los hijos al levantamientos de las cargas familiares se realiza de manera directa.

14. Las limitaciones del poder dispositivo de los padres sobre los bienes y derechos pertenecientes al patrimonio de los hijos es cuestión que tal vez por haber sido escasamente conflictiva, el Código regulaba poco. En materia de patria potestad no existía más limitación que la relativa a la venta de bienes inmuebles de menores. Las limitaciones subían de tono en relación con la tutela (p. ej., donar, renunciar, etc.). El hecho de que estas limitaciones se incluyeran en la tutela daba a entender que no tenían estricta aplicación en materia de patria potestad. En esta institución, supuesta la limitación del poder dispositivo en las enajenaciones de inmuebles, la única discusión versó acerca de aquellas hipótesis que podían por vía interpretativa asimilarse a las enajenaciones (v. gr., dividir cosa común, dividir herencias, etc.). En la jurisprudencia del T. S., aunque de forma aislada, la cuestión se planteó con la renuncia a la herencia. Finalmente, con motivo de los cotidianos accidentes ocasionados por la circulación de automóviles y sus víctimas, algunas sentencias, sobre todo la Sala segunda del T. S., se plantearon el problema de la renuncia de la acción para reclamar los daños y perjuicios.

La reforma que ahora entra en vigor ha regulado esta materia de una forma indudablemente más rigurosa, de manera que las lagunas serán menores y, si alguna llegara a existir, será más fácil de establecer el criterio para llenarla. Por regla general, podemos entender que los poderes dispositivos de los padres, titulares de la patria potestad, se encuentran tras la reforma más limitados que antes y que se distinguen tres diferentes campos: el que queda siempre y en todo caso impedido; el que queda permitido y aquel en que el acto puede llevarse a cabo siempre que el poder dispositivo de los padres se complementa con una declaración de voluntad, que puede ser, en ocasiones, una autorización judicial o, en otras ocasiones, el consentimiento o asentimiento del hijo sometido a la patria potestad.

El ámbito siempre impedido, con independencia de los bienes excluidos de la representación y de la administración en los que por razones obvias tampoco juega el poder dispositivo, es básicamente: las disposiciones a título gratuito y la renuncia de derechos. La disposición a título gratuito se produce cualesquiera que sean los bienes sobre que los derechos recaigan. La renuncia de derechos abarca, como es obvio, la renuncia pura y simple. En lo que concierne a las renunciaciones onerosas o mediante precio, deberá aplicarse la misma regla que

las transacciones y a estas últimas se les aplicarán las mismas reglas que para la enajenación. Resulta así de la reforma del artículo 1.810.

Por lo que se refiere a los negocios estrictos de enajenación que hay que entender onerosos, puesto que los gratuitos están prohibidos, subsiste la línea del antiguo artículo 165. La enajenación requiere la autorización del Juez y con audiencia del Ministerio Fiscal.

La regla de la enajenación de inmuebles se aplica ahora a los establecimientos mercantiles o industriales, a los objetos preciosos y a los valores mobiliarios.

Se contiene ahora una regla especial en relación con la repudiación de la herencia y del legado, que se extiende a las donaciones en que hubiese existido una oferta.

15. La liquidación de la administración paterna se encontraba antes huérfana de regulación. En la práctica se resolvía a través de la incapacidad de respuesta de los hijos frente al padre y en teoría por una aplicación analógica de las reglas relativas a las formas de administración y representación, lo que equivale a decir las reglas del contrato de mandato.

Ahora parece que esos principios se llevan a sus últimas consecuencias.

Sistema de fuentes del Derecho de Mallorca *

ENCARNA ROCA TRIAS

Profesora agregada de Derecho civil catalán

Sería una presunción por mi parte intentar dar aquí una lección sobre el tema propuesto en esta charla, especialmente cuando la obra de este ilustre jurista mallorquín Pascual González, a quien hoy tributamos este homenaje, contiene tan valiosas aportaciones sobre el tema. Debo decir que el tema me ha atraído siempre por cuanto, en el sistema del Derecho civil español actual, la existencia de unos derechos denominados forales ha sido mirada con prevención por parte de aquellos juristas pertenecientes al territorio que se denomina de Derecho común, con una terminología que hoy se pone en duda. Para cambiar la mentalidad de estos juristas, que hoy son cada vez menos, debe dedicarse un estudio a las fuentes de cada uno de los denominados derechos forales; sólo con ello se llegará a disipar esta prevención, puesto que ello demuestra que en su origen son tan legítimos como el Derecho castellano, hoy contenido en el Código civil, y si bien se vieron privados de evolución, lo que les hizo quedar realmente desfasados en el momento de la Codificación, ello no fue por culpa suya, sino por la del poder central, que pensó con ello provocar la desaparición de estos sistemas jurídicos.

Pero pasando ya al tema objeto de esta charla, hay que decir que la cuestión relativa a las fuentes del Derecho balear es ciertamente de difícil planteamiento y de más difícil solución, dado que en ella se entremezclan cuestiones de tipo político, que determinarán la aceptación o el rechazo de una determinada legislación, concretamente la catalana. A las cuestiones de planteamiento de política en general se debe unir otra, relativa a la organización político-administrativa de las islas durante el tiempo que estuvieron unidas a la Corona de Aragón y que es la ausencia de un organismo legislativo propio, que pudiera crear el derecho que estas islas necesitaban, porque no puede otorgarse naturaleza de asamblea legislativa al Gran i General Consell (1).

* Conferencia pronunciada el día 9 de marzo de 1979 en Palma de Mallorca, con motivo del centenario de Pascual y González.

(1) Sobre la naturaleza y funciones del Gran i General Consell, puede consultarse la tesis doctoral de Román PIÑA HONS, publicada en Palma de Mallorca en 1977.

La cuestión de las fuentes de derecho aplicables en las Baleares se complica aún mucho más si tenemos en cuenta que las distintas islas fueron conquistadas en diversas etapas; que Mallorca y Menorca se organizaron a través de las respectivas Cartas de franquicias, en las que se establecía un reparto de tierras, más o menos equitativo, en base a pequeños lotes, y que en Ibiza se hizo el reparto de tierras a través de un sistema feudal.

En definitiva, pues, la primera conclusión a que puede llegarse es que carece de rigor histórico hablar del sistema de fuentes del Derecho balear en general, puesto que, como pone de relieve la propia Compilación vigente, no es el mismo Derecho el que rige en Mallorca que el que rige en Menorca y en las islas de Ibiza y Formentera; es decir, que no existe una estricta unidad en el Derecho balear, porque históricamente no existió. Por ello hablaremos sólo del Derecho supletorio del de Mallorca, dejando el estudio de las fuentes de los Derechos menorquín e ibicenco para mejor ocasión.

Las opiniones acerca de las fuentes del Derecho en Mallorca pueden resumirse en dos grandes grupos: aquellos autores, generalmente no mallorquines, que entienden que el Derecho de Cataluña fue supletorio del propio de la isla y que una vez suprimida su aplicación de forma oficial impregnó la regulación de alguna de las instituciones de la isla y la de aquellos otros autores, especialmente Pascual i González, que consideran que la supletoriedad del Derecho catalán fue incidental y que las instituciones de la isla fueron siempre las del Derecho romano. Antes de tomar partido en esta discusión debemos, por tanto, examinar las dos opiniones, teniendo en cuenta la época en que se pronuncian y los textos en que ambas se basan.

A) *La supletoriedad del Derecho catalán.*—Los autores que se inclinan por considerar aplicable el Derecho catalán como supletorio son ciertamente numerosos fuera de la isla y no tanto entre los autores de Derecho mallorquín. Entre éstos podemos citar a Sureda y Salva (2) y entre los no mallorquines Sánchez Román, Elías de Tejada y, de forma indirecta, Lalaguna (3).

En favor de la tesis de la aplicación del Derecho catalán se

(2) SUREDA, *Existencia y fuentes*, pág. 35, donde dice que «son muchas las razones que abonan la presunción de que el Derecho catalán fue dado a los mallorquines en defecto y en cuanto a lo no previsto en las ordenaciones de la Carta puebla y en lo estatuido, fuera de ella y además de ella, por los reyes Jaime I y Jaime II; y por consecuencia bien puede afirmarse que la primera fuente de nuestro derecho privativo está constituida por la Carta de población y disposiciones posteriores de nuestros monarcas, y la segunda, en concepto de Derecho supletorio, por las Constituciones de Cataluña y los Usatges de la ciudad de Barcelona».

También SALVÁ en el *Derecho de familia*, págs. 12 y 13, sienta la tesis de la aplicación del Derecho catalán.

(3) Véase SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, págs. 479-480, donde incluye las Constituciones de Cataluña y los Usatges en el tercer orden de preferencia de la prelación de fuentes del Derecho de Mallorca. ELÍAS DE TEJADA y GABRIELLA PER-

alega en primer lugar el texto de la carta de franquicia otorgada por Jaime I al conquistar Mallorca, en 1230. En el capítulo XIV de esta carta de franquicias se decía que «en plets de injuríes en dans e nafres fetes, sia ennantats segons los Usatges de Barcelona»; es cierto que en este texto se alude de forma directa a los Usatges de Barcelona y, por tanto, de aquí resultaría evidente la aplicación del Derecho catalán, pero también lo es que éstos sólo se aplicaban, según la propia carta de franquicia, en cuestiones relativas al Derecho penal y no a otros temas procesales (4); en consecuencia, este texto dejaba pendiente la cuestión relativa al Derecho privado, ya que son escasas las normas que sobre el mismo contiene. Aquí el propio Pascual ve un indicio de la aplicación del Derecho romano en Mallorca con anterioridad a la conquista de la isla (5); pero también debe decirse, en contra de esta opinión, que mal podrían extenderse los Usatges a la isla en cuestiones de Derecho privado cuando son pocas las normas que los mismos contienen. Por otra parte, tampoco podía Jaime I reconocer la vigencia del Derecho romano, cuando el movimiento de la nobleza catalana de la época lo impedía, de modo que se llegó a la prohibición de alegar las leyes canónicas y romanas en Cataluña (1251) y a reconocer como último recurso para la solución de los pleitos a la equidad y la razón natural, como ocurrió en Aragón (Fueros de Huesca, 1247), Cataluña (1251) y Valencia (1240) (6).

copo, en *Historia del pensamiento*, págs. 24-25, donde no admiten de forma clara la aplicación del Derecho catalán, sino que dicen que «la legislación mallorquina fue calcada sobre el espíritu abiertamente popular de Cataluña» aunque añaden que «es de cuño diferente: los separa nada menos que el abismo feudal»; consideran que los Usatges «extienden por la isla su sombra protectora, al punto que en el Archivo General de Mallorca se conservan alguno de los mejores ejemplares llegados hasta nosotros». LALAGUNA, después de demostrar con abundantes citas la aplicación del Derecho catalán en Mallorca en materia de enfitéusis, concluye: «para nuestro tema, la vigencia formalmente reconocidas de los Usatges como Derecho supletorio tiene menos importancia que el hecho social de su general aplicación durante más de dos siglos, desde la conquista hasta que se destierra su autoridad como derecho supletorio con el triunfo del Romanismo con el Privilegio de Gaeta, concedido por Alfonso V el Magnánimo el 17 de junio de 1439 a petición de los jurados de Mallorca». *La enfitéusis*, pág. 51.

(4) El contrato de conquista de Jaime I con los prohombres catalanes que iban a ayudarle en la conquista de Mallorca establecía que las propiedades que se repartieran en la citada Isla se tendrían *ad nostram fidelitatem et consuetudinem Barchinonae*. Citado por LALAGUNA. Ob. cit., pág. 49.

(5) PASCUAL y GONZÁLEZ, *Derecho civil de Mallorca*, págs. 10, 11 y 14.

(6) En el proemio de los Fueros de Huesca se decía que en defecto de lo dispuesto en los mismos *ad naturalem sensum et aequitatem recurratur*. En la Constitución de Jaime I de 1251, otorgada para Cataluña en las Cortes de Barcelona y contenida en las *Constitucions*, vol. 3.º, lib. 1, tít. 8, se dice, después de prohibir la alegación del Derecho romano y el canónico, que en defecto de legislación propia de Cataluña, *o en defalliment de aquells, sie proceit, segons seny natural* y en el proemio de los Fueros de Valencia se decía que *ubi dicte consuetudines non poterunt abundare, ad naturalem rationem et equitate iudicantes possunt licite properare*.

A pesar del paréntesis que supone la creación de un reino propio balear después de la muerte de Jaime I, lo cierto es que sucesivas Cortes celebradas durante este período declaran que las islas están bajo la potestad del rey de Aragón, por la razón de que estaban infeudadas al mismo; ello ocurrirá en las Cortes de Monzón de 1289 (reinando Alfonso II) y en las de Barcelona, de Jaime II (1291), en las que se declaraba que las islas de Mallorca, Menorca e Ibiza quedaban unidas al Reino de Aragón (7).

Hasta el reinado de Alfonso V, la influencia catalana en el ordenamiento jurídico mallorquín es ciertamente notable: así la Constitución *Lo noble infant en Pere*, dada por Jaime II en la primera Corte de Barcelona de 1291 establecía que los Consellers y Jueces de la isla de Mallorca debían ser catalanes, *perço com los cathalans saben mils las costumars e las observanças de Cathalunya e de las ditas Illas* (8). La última frase de esta disposición nos demuestra no que los catalanes fuesen mejores conocedores del Derecho que los propios mallorquines, sino que debían existir una serie de normas jurídicas (manifestadas en costumbre principalmente), que eran muy semejantes en Mallorca y Cataluña; en resumidas cuentas, que se aplicaba el mismo Derecho. Esta progresiva implantación del Derecho catalán tiene su mayor exponente en el denominado *Privilegio de San Feliu de Guixols*, de 22 de junio de 1365, es decir, después de incorporado el reino de Mallorca a la Corona de Aragón. En él se entienden equiparados los mallorquines a los catalanes con las siguientes palabras: «sien hauts e reputats per catalans e puxan alegar axí com a indubitats catalans de officis e beneficis del nostre Principat de Catalunya... es hagen de alegar e observar las Constitucions generals de Catalunya, privilegis e Usatges de la ciutat de Barcelona» (9). A pesar de que las palabras transcritas parecen muy claras, no queda demasiado concreto el espíritu de esta disposición, porque

(7) Las constituciones de Alfonso II en las Cortes de Monzón de 1289 establecían: «ordenam, e statum que null temps lo Regne de Illas de Mallorcas, de Yvica, e de Menorcas, sien divisas, ne puxan esser divisos ne alienats, ne dats a feu, ne a propietat, por venda, per Cambi, ne per absolutio, ne per Fill, ne per Filla, ne per alguna altra manera, de la Senyoria de Cathalunya, e de Arago, ans per to temps sien ensepm, e romangan en Senyoria nostra». Algo parecido se repite en la Constitución de Jaime II en la primera Corte de Barcelona de 1291. Ambas constituciones se hallan incluidas en las *Constitucions y altres drets*, vol. 1.º, lib. VIII, tít. XI, consts. 1 y 2.

(8) Se contiene en la const. 1, lib. 1, tít. 68, vol. 1.º de las *Constitucions i altres drets*.

(9) El privilegio de San Feliu de Guixols está contenido en el *Llibre de San Pere*, fol. 162, publicado por PONS en sus *Constitucions e ordinations del Regne de Mallorca*, págs. LXXXIV, nota (1) y dice lo siguiente: «Emcs com los Mallorquins, e poblats en aquella Illa sien Cathalans naturals, e aquell Regne sia dit part de Cathalunya, e en altre temps en Corts generals sien auts e reputats per Cathalans, vos placia per remoure dubte sien auts per naturals Cathalans es puxen alegar axí com a indubitats Cathalans de officis e beneficis del vostre Principat de Cathalunya e hagen a entrevenir en Corts als Cathalans celebradores, es hagen alegar e observar les constitucions generals de Cathalunya privilegis e usatges de la Ciutat de Barcelona. Palume».

de su contexto parece deducirse la supresión de lo que en el siglo XVIII se denominarán «prohibiciones de extranjería» (10) y en este sentido estaría en la misma línea de la Constitución de Jaime II en 1291, que hemos citado antes. De modo que podría afirmarse que el Privilegio de San Felfu de Guixols no nos soluciona de una forma clara la aplicación del Derecho catalán como supletorio en materias de Derecho privado, aunque de la unión de ambos territorios podría deducirse la aplicación del Derecho de Cataluña en Mallorca.

La aplicación del Derecho catalán aparece confirmada asimismo a principios del siglo XV por la remisión otorgada por Martín el Humano en Burjasot el 5 de julio de 1401, de toda clase de alodios que pudieran pedirse contra las ciudades y los particulares por *ius commune et feudorum* o por las Constituciones generales de Cataluña (11) y también es cierto que pocos años antes del otorgamiento del denominado *Privilegio de Gaeta*, Tomás Mieres decía que las leyes y Constituciones de Cataluña obligaban en Mallorca y también en la isla de Menorca y a los habitantes de Ibiza (12). Posteriormente, en pleno siglo XVI, Fernando el Católico, en una provisión de 27 de marzo de 1511 (13), decía que los pobladores del Reino de Mallorca viven y se gobiernan por las Constituciones de Cataluña y son reputados catalanes, debiendo ponerse de relieve que esta provisión se otorga casi un siglo después del privilegio de Gaeta, que comentaremos.

Después de la enumeración de estos textos históricos, lo que creo debe hacerse es estudiar la efectiva aplicación del Derecho catalán en Mallorca. Ripoll pone de relieve que de las escrituras existentes en los archivos mallorquines se deduce la no aplicación del mismo (14), pero creemos que esta afirmación no puede ser tomada al pie de la letra: en efecto hay que tener en cuenta los distintos aspectos de la ciencia del Derecho, por una parte lá distinción entre Derecho público y Derecho privado que es aquí ciertamente muy importante, ya que al no tener Mallorca Cortes propias, es cierto que algunas materias relativas a prestaciones

(10) Las prohibiciones de extranjería desaparecieron con el Decreto 29 junio 1707, contenido en la Novísima Recopilación, Tomo II, lib. 3, tít. 3, ley 1.ª.

(11) LALAGUNA cita esta disposición en la nota 69 de la pág. 51 de su obra citada.

(12) MIERES, *Apparatus super constitutionibus*, Tomo II, collatio 10, cap. IV, núm. 5, fol 371, comentando las Cortes de la Reina María como lugarteniente de su esposo, Alfonso V.

(13) Esta provisión de Fernando el Católico la cita PONS en sus *Constitutions* cits, pág. LXXXIV, diciendo que se encuentra inserta en una recopilación impresa, seguramente posterior a la obra de MOLL. Esta provisión diría lo siguiente, siempre según cita de PONS: «E com los poblats en la nostra Illa e Regne de Mallorques, per franquesses del dit Regne per los antipassats Reys predecessors nostres atorgades y per Nos confirmades, sen alegren de totes les fervors y prerrogativas atorgades al nostre Principal de Catalunya, y amb les constitucions, y Capitols de Cort de Catalunya se governen y viuen, y son reputats per Catalans».

(14) RIPOLL y PALOU, *Memoria*, pág. 9.

militares, impuestos y organización administrativa se rigieron por el Derecho catalán y de ello dan fe las repetidas alusiones que se hacen al Reino de Mallorca en los procesos de las Cortes catalanas, como ocurre en las de 1364 y 1365 (15). Pero la cuestión relativa a la aplicación del Derecho catalán en materias de Derecho privado no parece pueda tener idéntica solución. Es cierto que Mallorca nunca tuvo un Derecho de formulación positiva propio, pero también lo es que esta formación se efectuó a través de costumbres; debe decirse que encontramos claros ejemplos de la aplicación de instituciones catalanas, no a través de la aplicación directa de las normas de Derecho positivo que constituyen el régimen jurídico catalán, sino a través de la formulación de costumbres mallorquinas, claramente inspiradas en el Derecho catalán. Por citar sólo algunos ejemplos, aunque sean ciertamente significativos, vamos a comparar algunas instituciones en base, sobre todo, a la recopilación de costumbres realizadas en el siglo XIV por Mosen Arnau de Erill (16).

1.º *Censos*.—La recopilación de costumbres citada recoge la costumbre de que en Mallorca se suprime el comiso por impago de las pensiones del censo enfiteutico (costumbre XXVI) (17); esto había quedado asimismo suprimido en los Usatges *Si quis suum feudum* (33 de la Recopilación oficial), *Si quis cum baiuliam* (149) y *Si senior* (150) (18); asimismo esta supresión del comiso se había recogido en el capítulo 27 del *Recognoverunt proceres* de Barcelona (19). Es cierto que Arnau de Erill se refiere a esta supresión no tanto como proveniente de costumbre, sino como objeto de sanción regia, pero fuese cual fuese su origen, lo cierto es que se aplicaba en Mallorca una norma jurídica idéntica a la que se aplicaba en Cataluña en materia de impago de las pensiones del censo enfiteutico a partir de la redacción de los Usatges.

(15) Puede comprobarse lo que decimos en el texto en la colección de las actas de las Cortes celebradas en el Principado de Cataluña, publicadas por la Real Academia de la Historia. Véase el volumen II de esta colección especialmente págs. 297 y 365, entre otras.

(16) La recopilación de costumbres realizada por ARNAU DE ERILL en 1344 para mejor poder probar la vigencia de las costumbres en ella recogidas, está contenida en las *Ordinacions y Sumari* realizada por Antoni MOLL y contenida en las págs. 121 y ss. de esta recopilación.

(17) El capítulo XXVI de las Costumbres de ERILL dice: «Item si aliquis Emphiteota cessaverit solvere census quem facere tenetur pro re emphiteotali etiam pro triginta, vel quadraginta Annos, quod talis res emphiteotalis, non cadat in Commissum de consuetudine, usu, et observantia Maioricae etiam de permissio Regio, sed talis Emphiteota habet solvere sensum cestum, et remanet securus in dicta re Emphiteotali.

(18) Citamos de la edición oficial de los Usatges publicada por ROVIRA I ERMENGOL.

(19) El capítulo 27 del *Recognoverunt proceres* dice: «Item quod ille qui cessat in solutione census, per quoscumque annos cessaverit, quod condemnatur in duplo census, et non cadit in commissum». Citado por LALAGUNA, páginas 52-54, como elemento informante del derecho de Mallorca sobre enfiteusis.

2.º *Prescripción del pago de los salarios de los menestrales.*—En esta materia la recopilación de Erill recoge una costumbre que más tarde sería transformada en ley por las Cortes de Barcelona de 1493, cual es la de establecer tres años de prescripción para la reclamación de dichos salarios (20), aunque ambas disposiciones parecen proceder del Derecho romano contenido en I.2,6, proemio.

3.º *Realización del inventario por los herederos.*—La costumbre XVI del texto de Erill recoge la costumbre de que los herederos pueden realizar el inventario sin citación de los acreedores del difunto ni de los legatarios (21). Hay que poner de relieve que no existe ninguna norma catalana de Derecho positivo (constituciones, etc.) que recoja esta particularidad, pero Tomás Mieres decía que en Cataluña podía hacerse inventario sin la citación de los acreedores (22) y siglos, más tarde, apoyándose en la doctrina de los autores de Derecho común, que entendían que entre las formalidades necesarias para la confección del inventario debían seguirse las costumbres de la región o provincia de que se tratase, Cáncer, Cortiada, Fontanella y Comes, negaron la necesidad de que se citase a los acreedores y los legatarios para que el inventario fuese válido (23). Esto no nos demuestra la influencia del Derecho catalán sobre el Derecho de Mallorca, aunque sí pone de relieve una coincidencia de costumbres reguladoras del propio tema.

4.º *El contrato sucesorio.*—Dice Masot que un pergamino del siglo xv suministra el primer ejemplo de donación universal en Mallorca y que posteriormente en la Compilación de Canet y Mesquida (siglo xvii) se hacen referencias a las donaciones universa-

(20) La prescripción de los salarios de los menestrales está regulada en las constituciones 3 y 8, del vol. 1.º, lib. 7, tit. 2, de las *Constitucions y altres drets*, que incluye las constituciones dadas por Fernando II en la primera Corte de Barcelona de 1481 y de Felipe II en las Cortes de Barcelona de 1564. La costumbre mallorquina se contiene en la recopilación de ERILL, fol. 150, donde se dice: «Emes ordenam, e statuyim ab aprobacio de la present Cort que las soldades de servidors axi de homens com dones qualsevol que sien se hayen de damanar dins un any, apres que seran fora de servey» y en la contenida en el fol. 151 se dice: «e per semblant per llevar plets, questions: statuyim, e ordenam, que los deutes de Artistes e Menestrals, axi de homens, com de dones apres que sean deguts si dins espay de tres Anys no seran demanats, que tals deutes passats dits tres Anys no pogan esser demanats, ne sen puxa fer iuy: si donchs de tals deutes no tenen carta, o albara».

(21) La costumbre XVI de Arnau DE ERILL dice: «Item de consuetuline et usu quod heredes defunctorum, et alias Tutores, ac etiam Fiscus Domini Regis (prout ut aliquotis accidit) quod faciant Inventarium absque citatione legatariorum, et etiam creditorum defuncti».

(22) Las opiniones de los autores catalanes sobre el tema del inventario pueden consultarse en el trabajo de Teresa TATJER PRAT, *Constituciones de Cataluña*, RJC, 1978, pág. 823.

(23) MIERES, *Apparatus super constitutionibus*, part. 1.ª, collatio 6, número 22, fol. 366.

les (24). No deja de extrañar que en un ordenamiento en que regía el Derecho romano, como afirma Pascual y como puede deducirse de algunas disposiciones que más adelante citaré, tuviese entrada el sistema de sucesión paccionada. No sirve de explicación la razón de alegar que en otras regiones sucedía lo mismo a pesar de la aplicación del Derecho romano, porque en Cataluña se reconoce la validez del heredamiento en el Derecho anterior a la Recepción, así en el Usatge *Auctoritate et rogatu* (76) y en el Usatge *Possunt etiam* (79) y asimismo en las *Commemoracions de Pere Albert* (costumbre 24) (25). Estas citas demuestran que la institución del contrato sucesorio (heredamiento en la terminología catalana) estaba vigente antes de la Recepción del Derecho romano; además siguió vigente después de la recepción y regulada por disposiciones de las propias Cortes catalanas, como lo demuestra la Constitución *A foragitar fraus*, de Pedro III, en las Cortes de Perpignan, de 1351 (26). Teniendo en cuenta que la principal referencia que se hace a esta institución se encuentra en el Derecho feudal catalán y teniendo en cuenta también que fue precisamente éste el que se aplicó en Mallorca, ello nos obliga a deducir que la institución de las donaciones universales del Derecho de Mallorca proviene de una clara influencia de los heredamientos catalanes sobre el Derecho consuetudinario de la isla (que a su vez repercutió en la institución *dels spolits* de Ibiza).

5.º *Otras instituciones demuestran la clara influencia del Derecho catalán sobre el Derecho de la isla.*—Así, por ejemplo, en los capítulos hechos por el rey Sancho a petición de los jurados el 8 de julio de 1316 se establecen normas relativas al *escreix*, estableciendo la devolución después de la muerte de la esposa y la imposibilidad de que la viuda pueda seguir disfrutando de los bienes del marido después de un año del fallecimiento del mismo (27). Estas disposiciones se contienen en el Llibre de San

(24) MASOT MIQUEL, *El contrato sucesorio*, págs. 39-40. PASCUAL y GONZÁLEZ reconoce la vigencia del contrato sucesorio, que considera una institución consuetudinaria contraria al espíritu del Derecho romano (pág. 11), véase asimismo pág. 131.

(25) En las disposiciones legales que citamos en el texto no se reguló el contrato sucesorio, sino que recogen la palabra *heretament*, que indicaba la existencia de esta institución entre el propio Derecho catalán anterior a la recepción.

(26) La constitución *A foragitar fraus*, de Pedro III en las Cortes de Perpignan de 1351 se contiene en el vol. 1.º, lib. 5, tít. 2, const. 1.ª. Sobre este tema puede consultarse la tesis doctoral (inédita) de EGEA y FERNÁNDEZ, *Estructura i natura dels heretaments en el Dret civil català*. Facultad de Derecho, Barcelona, 1981.

(27) Esta institución se parece bastante al *any de plor* catalán que reconoce a la viuda el derecho a ser alimentada con cargo al patrimonio del marido, cuando no sea tenataria o usufructuaria universal. También tiene un cierto parecido, quizá más acusado, con la institución de la *tenuta*, que consiste en la facultad de la mujer de poseer y usufructuar todos los bienes del marido mientras no se le pague la dote o el esponsalicio. Esta institución se recogió en el capítulo 5 del *Recognoverunt proceres*, ex-

Pere, donde además se recoge la confirmación de las franquicias realizada por el rey Pedro III en el momento de incorporación del reino de Mallorca en 1434, cuyo capítulo 5.º reconoce la validez del testamento aunque no tenga ninguna solemnidad y este reconocimiento es parecido a la validez del testamento sin institución de heredero de las Costums de Tortosa y del testamento sin heredero de Valencia (28).

Estas semejanzas que acabamos de citar puede decirse que informaron el Derecho consuetudinario de Mallorca, por una clara influencia del catalán sobre la ordenación jurídica de la isla, aunque no puede decirse que el Derecho catalán fuese el supletorio directo del Derecho de Mallorca. Así la aplicación directa del Derecho catalán tuvo poco éxito y los intentos reales de que el mismo se aplicara en Mallorca fracasaron, como lo demostrará, aunque de una forma indirecta, el posterior privilegio de Gaeta (29).

B) *La aplicación supletoria del Derecho común.*—Es evidente que hasta la promulgación de la vigente Compilación del Derecho civil balear rigió como Derecho supletorio el romano-canónico; esta realidad es incontestable, pero hay que ver cómo se llega a ella. Dice Pascual que durante la dominación de Bizancio sobre las islas, el Derecho romano arraiga en Mallorca y que los textos legales de Derecho justiniano se aplicaron en la medida en que iban siendo promulgados, sustituyendo el Derecho anteriormente vigente; añade este autor que cuando Jaime I conquistó la isla encontró la aplicación del Derecho romano, que se había venido aplicando a pesar de la dominación árabe que durante un siglo había sufrido la isla, razón por la que no se preocupó de dotarla de normas de Derecho privado en la carta de población (30); esta situación quedaría consolidada siglos más tarde con el Privilegio de Gaeta. Entre las razones que alega este autor para explicar la aplicación del Derecho romano en la isla están la de que el propio Jaime I prohibió la alegación del Derecho romano

tendiéndose más tarde a toda Cataluña en virtud de la Constitución *Hac nostra* de Pedro III en las Cortes de Perpiñán de 1351 y que se contiene en las *Constitutions*, vol. 1.º, lib. 5, tit. 3, const. 1. En cuanto al esponsalicio, BORRELL I SOLER le atribuye naturaleza consuetudinaria y así dice que «el Derecho catalán general no contiene ninguna disposición que lo regule directamente; pero hay varias que lo mencionan con ocasión de aplicarle la opción dotal y otros privilegios relativos a la dote. Se rige ante todo por el pacto que es ley; y en su defecto, por la costumbre». *Derecho civil aplicable en Cataluña*. Tomo IV, pág. 262.

Los capítulos del Rey Sancho a que nos referimos en el texto están recogidos en el compendio de QUADRADO, pág. 77, que recoge lo contenido en el *Llibre de San Pere*.

(28) En la confirmación de los privilegios de Mallorca hecha por el rey Pedro III el 31 de mayo de 1343 se añade un núm. 5.º en el que se dice: «quod valeat testamentum non obstante omissione solemnitatis». La cita es del *Llibre de San Pere*, fol. 26. La semejanza de esta supresión de solemnidades con la costumbre 2, rúbrica 4, lib. 6 de las costumbres de Tortosa y con la rúbrica LXXXVI, cap. 13 de los Fueros de Valencia es evidente.

(29) CLAVERO, Bartolomé, *Derecho de los Reinos*, pág. 64.

(30) PASCUAL y GONZÁLEZ. Ob. cit., págs. 11 y 14.

en Cataluña, pero que este deseo de excluir su aplicación se estrelló contra la efectiva vigencia del mismo en Mallorca y por esta razón no extendió la aplicación del Derecho catalán a la isla (31). Pero dejando aparte la cuestión relativa a que lo que realmente se aplicó en Mallorca hasta la Compilación no fue el Derecho romano, sino el *ius commune*, la explicación a esta aplicación es mucho más profunda y compleja, debiendo empezarse por el estudio de los textos en los que aparece la referencia al Derecho común.

1.º *La confirmación de la Carta de franquicia de Mallorca realizada por Jaime II, rey de Mallorca en 1229.*—Contiene dos cuestiones interesantes: por una parte recuerda la aplicación de los Usatges en cuestiones relativas a lo que puede denominarse Derecho penal; después, al tratar de lo relativo a la forma de dictar sentencias, dice que se debe aplicar el siguiente orden de prelación: costumbres y libertades de la isla, Usatges en los casos establecidos y en defecto de los mismos deberá juzgarse según el Derecho común (32). Algún autor se pregunta qué es lo que se quiso decir con la frase *en casos stabilitis* relativa a la aplicación de los Usatges; el propio Pascual deduce que se trata de los casos previstos en el capítulo XIV de la carta de franquicia de Jaime I, reproducido en el capítulo XIV de la confirmación de la Carta de franquicia hecha por Jaime II. Siendo esto totalmente cierto, lo único que no demuestra es la clara influencia del Derecho catalán. La misma referencia a la aplicación de los Usatges en los casos en que se aplicaban en la isla de Mallorca aparece en la carta de franquicias de Menorca, concedida en 1301 por Jaime II, apareciendo asimismo la referencia al Derecho común (33).

2.º *La crida de las «Ordinacions del Regne de Mallorca» de*

(31) PASCUAL y GONZÁLEZ. Ob. cit., págs. 20 y 21.

(32) La confirmación de la carta de franquicia de Jaime II en 1299, ampliándola en algunos aspectos, contiene los siguientes capítulos: 14. «Propter honorem et utilitatem civitatis et insulae et burgensium ibidem habitantium, additur quod super quaestionibus habendis a delinquentibus procedatur secundum usaticos Barchinonae».

Cap. 31. «Quod ad ferendas sententias iudices regii et curiae bajuli, vicarii et locumtenentis, tam civitatis quam aliorum locorum, vocent quilibet octo probos viros idoneos, inter quos si potest fieri, duo sint iurisperiti, qui iurent consilium dare *secundum consuetudines et libertates insulae, et his deficientibus iuxta usaticos Barchinonae in casibus stabilitis, et in deficientiam istorum secundum ius commune*». La cita está tomada de la transcripción que hace QUADRADO del *Llibre de jurisdiccions e stils*, folios 40 y 43.

(33) La carta de franquicias de Menorca, concedida por Jaime II en 1301 establece lo siguiente: «Item concedimus vobis et vestris, et perpetuo statuimus, quod in causis iniuriarum, damnis et vulneribus producet secundum Usaticos Barchinone: secundum etiam quos Usaticos Barchinone volumus quod super questionibus et tormentis habendis malefactoribus et delinquentibus procedatur».

«Item concedimus vobis et vestris, et perpetuo statuimus, quod omnia iudicia causarum et criminum iudicet curia cum probis hominibus Minoricarum; videlicet, quod Baiuli et Iudices nostri dictae insulae praesentes et futuri vocent, seu vocare faciant quilibet, prout eis incumberit sex probos

Mosen Pelay Uniz (34).—Donde se dice que estas ordenaciones están hechas *segons dret comú*. Sin embargo, debemos preguntarnos qué quisieron decir los redactores de las ordenaciones con esta expresión, ya que en el proemio que sigue a la *crida* dicen que las leyes promulgadas por iniciativa del Príncipe y las particulares ordenaciones del Reino de Mallorca no son suficientes para solucionar los problemas que se presentaban a diario en la isla; si hubiese regido el Derecho común, como alega Pascual, no habría sido necesario la publicación de estas ordenaciones. Por otra parte, la redacción de estas disposiciones aparece fuertemente influenciada por el *ius commune*, puesto que en el mismo proemio estos autores declaran que la finalidad de las ordenaciones está en promover el que se lleva a cabo el ideal de justicia personificado en el aforismo latino *honeste vivere, alterum non laedere et uniuersum tribuatur ius suum*. Sin embargo, debe decirse que no hay que extrañar la referencia de las ordenaciones al *ius commune* y la clara influencia que manifiestan, porque proceden de 1413, en una época en que se había admitido de una forma casi universal la vigencia del Derecho común.

3.º *El privilegio de Gaeta de 17 junio 1439*.—En él se establece una cierta independencia formal del Reino de Mallorca cuando los embajadores del Reino piden a Alfonso V que declare que «en res en lo mon sia sotmés al Principat de Catalunya ne a la observança de llurs constitucions ne ausatges» (35). Los autores han querido ver aquí el establecimiento de esta independencia

homines idoneos et sufficientes, et omni suspicione carentes, villae Ciutadellae vel castro Mahono et aliorum locorum...; et Iudices secundum bonam suam conscientiam, servatis consuetudinibus et libertatibus insulae supra dictae per nos nunc concessis; et illis deficientibus secundum Usaticos Barchinonae in casibus illis in quibus in civitate et in insula Maioricarum Usatici praediti vendicant sibi locum; et illis consuetudinibus et Usaticis deficientibus secundum *ius commune*...». Véase este texto en VILLANUEVA, *Viage literario*, Tomo XXI, págs. 206 y 207.

(34) Las ordenaciones del Pelay Uniz a las que nos referimos en el texto están insertas en el compendio de MOLL, fol. 2.

(35) El texto completo del privilegio de Gaeta es el siguiente: «Item, com lo present Regne de Mallorca sia Regne apartat havent les Franchses especial e en res en lo mon no sia sommes al Principat de Catalunya ni a la observancia de llurs constitucions ni usatges: mayorment com aquelles sien estades fetes en Corts particulars en Catalunya; a les quals los habitants del present Regne, no acostumen esser citats ni son tinguts amar, encara mes los habitants del present Regne, hayn expres privilegi, que per alun fet Civil, no puguen esser trets fora lo present Regne. E per altra Franchesa del present Regne sia disposat, que si algu sera trobat en crim de trahitio del qual no pot esser mayor altre, deu esser iutat per la Cort e promen del Present Regne de Mallorca, segons les Franchessas de aquell Regne: segons es disposat per altra Franchesa, comensant Sapien tuits. De la qual sen porten traslat los dits honorables Embaxadors, e de un temps ença, ço que may no sonch vist ni oyt, sien vingudes provisions de la Cort de la Señora Reyna, citants alguns habitants del present Regne, deguen comparar devant la Senyora Reyna. Per raho de certs processos, de Regali autoritate, et rogatu, et simili modo. E de altres usatges e constitucions del Regne, e dels pobladors de aquell, mayorment, que en las dites provi-

del reino de Mallorca con relación a Cataluña. Sin embargo, el texto íntegro del privilegio de Gaeta nos hace llegar a conclusiones distintas: en efecto, la concesión del privilegio de Gaeta responde a una queja muy concreta de los embajadores de Mallorca frente al rey Alfonso V. La rúbrica de la ordenación donde se encuentra contenido este privilegio dice: «que algu que aquí avant, per virtut de algun fet civil o criminal, no sia tret fora lo Regne de Mallorcas» y plantea un tema procesal de competencias, dado que según adujeron los embajadores, se seguía el sistema de juzgar a los mallorquines por cualquier delito o causa en la Corte de Mallorca, en virtud del privilegio contenido en la franquicia *Sapient tuits* (36) y se quejaban que en los últimos tiempos, en virtud de procesos entablados por la Reina María, lugarteniente de su esposo, habían sido enviados a Cataluña algunos mallorquines para juicios de regalías de *Auctoritate et rogatu*, de tal modo que se contradecían lo establecido en este privilegio citado. Lo que planteaban, pues, los embajadores era un problema relativo a la inaplicación de un privilegio de la isla, privilegios que debían tener una aplicación preferente por su carácter de tales y no es que rechacen la aplicación del Derecho catalán en bloque, sino sólo de aquella práctica abusiva contra privilegio que hacía que los mallorquines no pudiesen ser juzgados fuera del Reino de Mallorca en ningún proceso ni civil ni criminal. Esta tesis que sostenemos viene corroborada por las palabras finales del privilegio donde se dice que a mayor cautela debe declararse que los procesos incoados en virtud de los Usatges y constituciones de Cataluña no tengan lugar en el Reino ni puedan hacerse en adelante. El placet del Rey es significativo, puesto que reconoce la

sions sia estat manat, que los dits citats deguen comparar, ensemps ab tots llurs bens. Que placia als dits Honorables Embaxadors suplicar lo dit molt alt Senyor Rey per sa gracia e merçe, y de deute de Iustitia, man las dites Francheses del present Regne esser servades, y que algu de aquí avant per fet de algun fet Civil, ni Criminal, no sia tret fora del present Regne encare que si pretenguedes perhorrescencia; declarant a mayor cautela los dits processos per virtut dels dits Usatges, e constitucions no haver lloch en lo present Regne, ne poder esser fets de aquí avant, anuliant a mayor cautela, aquells qui fins aci son estat fets. Placet Domino Regi, quod Franchesia observetur; et quod omnis causa cognosci habeat in Civitate Maioric. eius que processus ibi duci; et quod supercedeatur in citationibus factis, et faciendis per Dominam Reginam; per viam processum de simili modo regalia, et de auctoritate et rogatu; donec Dominus Rex in partibus illis».

El texto que transcribimos está contenido en los capítulos de BERENGUER UNIZ, confirmadas por el Rey en 1439 y constituye el capítulo VII de las mismas. Queda transcrito en las Ordenacions de MOLL, fol. 64 y 65. Un extracto del mismo aparece en QUADRADO, pág. 135, según parece incluido en el folio 108 v. del *Llibre d'en Abelló*.

(36) Esta franquicia que se cita en el texto del privilegio de Gaeta parece corresponder a la citada por QUADRADO en la pág. 31 de su obra, contenida en el Libro dels privilegis dels Reys de Mallorca, cap. XXXIX, fol. 42, vto., donde se dice: «privilegium eiusdem quod nullus habitator Majoricarum extra Insulam possit citari», dada en Lyon el 30 de abril de 1249.

observancia de la franquicia citada y que de aquí en adelante los procesos que se citan en el texto deban realizarse en Mallorca, pero no alude para nada a la posterior inaplicación del Derecho catalán, como se pretende por los autores mallorquines (37).

En consecuencia, puede decirse que el privilegio suprime una práctica abusiva en contra de una franquicia, que no podía ser derogada a través de una práctica procesal contraria, suprimiendo la aplicación de una norma catalana, que no podía haberse aplicado nunca por existir en contra una norma propiamente mallorquina que tenía aplicación preferente. Por tanto, no establece cuál debe ser el Derecho supletorio de la isla, porque el tema de este privilegio no era éste y porque en realidad ya estaba establecido en la confirmación de la Carta de franquicias de Jaime II, en 1299.

4.º *La corrección de las Ordinaciones de Berenguer de Uniz, realizadas en 1441*, es decir, dos años después de la concesión del privilegio de Gaeta, establece que en corrección al capítulo 13 de las citadas ordinaciones (realizadas en 1439), que establecía que los deudores pudiesen asignar en pago a sus acreedores bienes muebles e inmuebles (38), se decretaba que tales daciones y asignaciones no pudieran realizarse, sino en aquellos casos en que se dispone por Derecho común, debido a los abusos que la anterior regulación había ocasionado (39). Este texto deroga una norma de Derecho municipal mallorquín, para introducir en tema de garantía del pago de las deudas una norma de Derecho común. ¿Quiere esto decir que el Derecho común era el supletorio general de la isla? Precisamente quiere decir lo contrario, ya que la existencia de una norma de Derecho municipal impedía la aplicación del *ius commune*, último elemento en la prelación de fuentes de la confirmación de la Carta de franquicia de Jaime II; pero hay que añadir más, es decir, que la regulación de la norma con-

(37) Véase en el sentido que citamos en el texto, el final del privilegio de Gaeta, transcrito en la nota (35).

(38) El capítulo XIII de las Ordinaciones de BERENGUER UNIZ, de 1439, establecía que «Item que tot hereu; e encara qualsevol debitor altre pugue, e li sia licit, e llegut, regonexer bona fe, o atorgar lo deute vertader, e en pague de aquell deute, donar, e assignar al crehedor censals, o altres bens mobles, o immobles, hereditaris o seus propis: sens que no sia necessari passar per Cort: ni dar sententia: com haya tal valor, e fermetat axi com si era passat per la cort. Per ço pero non sia prejudicat a primers creadors ni al directe Señor.» Fol. 52 de las Ordinaciones de MOLL.

(39) Capítulo 13 de la Corrección de las Ordinaciones de BERENGUER UNIZ, realizadas en 1441 y contenidas en las *Ordinacions* de MOLL. La corrección del capítulo 13, transcrito en la nota anterior, dice lo siguiente: «Lo tretze Capítol; diu que los debitors, puguen assignar en pague, a llurs creditors, bens mobles, e immobles, per lo qual se son se guits, molto, e infinits abusos de inconvenients, plets, e questions, e donada ocasio, a molt mal hom, de fer diverses beratarías, fins, e malítias, en gran dañ, de llurs crehedors. Per ço lo dit capítol e las coses en aquell contengudes, revoca, cassa, e anulla. Statuynt, y provehint de aquí avant tals assignacions, e dacions en pague, no haver lloch ni poder se fer sino en los casos, *per dret comu disposats*».

tenida en las Ordenaciones de Berenguer de Uniz no habría comportado la ausencia de regulación de la cuestión, si la aplicación del *ius commune* hubiese estado tan generalizada como da a entender Pascual, puesto que ya se habría aplicado automáticamente, a tenor de lo dispuesto en el reconocimiento de 1299. Sin embargo, no puede decirse lo mismo del privilegio concedido por Juan II en Fraga en 1460 (40), a través del que se concedía a las ciudades el sistema de la *restitutio in integrum*, igual como lo gozaban los menores, puesto que en este caso se demuestra la aplicación de esta institución puramente romana.

5.º *El stil de Mosen Erill*.—Ya hemos tenido ocasión de hablar de esta recopilación de costumbres en el apartado dedicado al Derecho catalán, pero hay que decir que contiene asimismo algunos aspectos relativos a la aplicación de normas romanas, que conviene destacar. El estilo 11 reconoce la validez de la renuncia a la auténtica *Si qua mulier* y al *Senadoconsulto Veleyano* e incluso admite la validez de la fianza en favor del marido cuando la mujer, aunque no hubiese renunciado, la prestase siendo mayor de veinticinco años; la costumbre o estilo 13, que admite la validez de las donaciones sin que sea necesaria para ello la insinuación (41). La supresión de estas normas romanas a través de lo que parece ser una costumbre contra ley hace pensar en la aplicación anterior del Derecho romano, pero no son demasiado significativas en este sentido, porque la época en que se recogen es bastante posterior a la recepción y sólo vienen a demostrar la aplicación del Derecho romano en la isla, pero no en la época en que esto se produce.

Por otra parte, la norma de Pedro IV sobre la restitución de la dote en caso de pobreza del marido, otorgada en 1377 viene a demostrar la necesidad de positivizar algunas normas romanas para que se aplicasen en la isla (42).

Todo lo dicho hasta aquí nos obliga a llegar a las siguientes conclusiones: 1.º La aplicación de algunas normas de Derecho

(40) El denominado Privilegio de Fraga, dado por Juan II en 1460, está recogido en la recopilación de QUADRADO, que lo transcribe del Llibre del Privilegis dels Reys de Mallorca, cap. CCLXI, n. 10, donde se dice: «Que las universitats de la ciutat y de las vilas y lo sindicat de la part forana puxan demanar restitucio *in integrum* axi com los menors». Pág. 75 de los *Privilegios* de QUADRADO.

(41) La costumbre XI de la recopilación de ERILL (MOLL, fol. 123) dice: «Item est de consuetudine Maioricis quod si mulieres intercedunt pro maritis, et simul cum ipsis se obligent ex quo renunciaverint Velleiano licet etiam non renuncient authentice si qua mulier, et etiam si non iuraverint, ex quo sint maiores XXV Annis valet, et tenet, et pluries fuit obtentum in Contradictorio iudicio».

El estilo XIII decía: «Item donationes possunt fieri per quoscumque sine insinuatione Iudicis. Et sic sunt consuetae fieri, et obtentum in contradictorio iudicio binam actu, et amplius, quamvis exedant valorem quingentorum aureorum: Si tamen Donator renunciaverit legi dicenti donationem non valere excedentem summam quingentorum aureorum sine insinuatione».

(42) Está contenida en el estilo de ERILL. Verla en MOLL, fols. 138 y 139.

catalán en materias muy concretas es demostrable históricamente. 2.ª La aplicación generalizada del *ius commune* romano-canónico es exacta, como parece deducirse de la Compilación de Canet y Mesquida, aplicándose en defecto del Derecho catalán (43). 3.ª Que algunas veces el Derecho catalán, aun no aplicándose directamente, informó algunas instituciones propias del Derecho de Mallorca, como parece ocurrió con los censos y con los contratos sucesorios, aplicándose entonces a través de la costumbre, que llegó a convertirse en verdadera costumbre mallorquina (44).

Pero hay que añadir también que de los textos que hemos citado resulta la evidencia de que el Derecho romano que se aplicó en la isla no fue el promulgado por Justiniano, sino que fue el Derecho romano-canónico o Derecho común. Si esta última tesis resulta cierta, como hemos demostrado, no puede decirse que la aplicación del Derecho romano provenga de la época en que Mallorca quedaba sometida al Imperio Romano, sino de un estadio posterior, que se produciría con la incorporación de Mallorca al Reino de Aragón, con la consiguiente influencia que la recepción producida en los territorios catalanes hubo de tener en la isla. De ello es un testigo fiel la confirmación de la Carta de franquicias hecha por Jaime II, que nos parece mucho más importante en el sentido de fijación de las fuentes del Derecho que el Privilegio de Gaeta, si colocamos a este último en su exacto significado. En consecuencia, el privilegio no contendría una remisión a la aplicación de un Derecho supletorio, porque la razón por la que se otorga no lo exigía y porque no debía hacer una llamada al Derecho común, que regiría en la isla de forma oficial como tal Derecho supletorio desde 1299. La aplicación del Derecho catalán, desde la conquista hasta el privilegio de Gaeta, no parece demasiado dudosa; lo es más a partir de este privilegio, que se utilizó para fines distintos para los que fue dictado, aunque la disposición de Fernando el Católico de 1511 parece demostrar precisamente lo contrario. De todas formas, en tema de Derecho privado, debe decirse que la aplicación directa de normas de Derecho catalán es ciertamente escasa, pero también es cierto que en la propia Cataluña son pocas las normas propias de Derecho privado, de modo que se puede haber llegado a decir que el régimen civil catalán estaba formado en su mayor parte por las normas de *ius commune*, al que venía a modificar el Derecho propio de Cataluña (45); a pesar de ello no puede negarse la inspiración catalana, que en ciertas instituciones demuestra el Derecho mallorquín, aunque también hay que reconocer que los mallorquines supieron adaptarlo a las instituciones de franquicia de la isla (46).

(43) Citada por RIPOLL, Ob. cit., pag. 9.

(44) MASOR al justificar la irrevocabilidad de la donación universal de Mallorca cita la constitución catalana *A foragutar fraus*. Ob. cit., pág. 21.

(45) PONS GOWL, *Constitucions de Catalunya*, pág. 236.

(46) En este sentido se pronuncian ELÍAS DE TEJADA, Ob. cit., págs. 24 y 25, y LALAGUNA, Ob. cit., pág. 51.

En conclusión, pues, debe decir que en materias de Derecho privado el *ius commune* se convirtió en el principal ordenador de la realidad jurídica de la isla, dada la absoluta falta de normas civiles en el Derecho autóctono balear. El Derecho balear está integrado por el Derecho común, no tanto porque exista un texto en el que formalmente se reconozca su vigencia, sino porque, a semejanza de lo ocurrido en Aragón, existía la más absoluta necesidad de solucionar los problemas planteados a diario y la mentalidad jurídica de la época en que se producen estas necesidades, está más inclinada a aceptar las soluciones de un Derecho universalmente reconocido como justo y equitativo, que a aceptar las de un Derecho excepcional frente al *ius commune*, como lo sería el Derecho catalán que, por otra parte, tampoco vendría a cubrir la totalidad de las necesidades jurídicas.

Pero hay que decir asimismo que no puede considerarse que el Derecho común es supletorio del Derecho balear, porque la misión del supletorio es llenar las lagunas que se produzcan en el sistema, llenar los vacíos que éste presenta y al no existir propiamente normas de Derecho privado en Mallorca, el Derecho común vendrá a constituir el Derecho propio de Mallorca. Así un sistema que debería aparecer como Derecho supletorio aparecerá prácticamente como Derecho propio de Mallorca, por aplicación en la práctica, aunque sea dudoso su reconocimiento oficial, dado que ni tan sólo la ordenación de la Audiencia de Palma, realizada en 1571, contendrá una prelación de fuentes del Derecho a seguir en la resolución de los conflictos (47).

C) *El ordenamiento de Mallorca hasta la Compilación de 1961.* Después de las disquisiciones acerca de la aplicación de distintos ordenamientos jurídicos en la isla de Mallorca se llega al Decreto de Nueva Planta de la Audiencia de Mallorca, de 28 de noviembre de 1715, en cuyo artículo 13 se establecía que «en todo lo demás, que no está comprendido en este decreto, es mi voluntad y mando, se observen todas las Reales pragmáticas y privilegios con que se gobernaba antiguamente la Isla y Reyno de Mallorca, menos en las causas de sedición y crimen de lesa Magestad» (48). En opinión de los autores mallorquines, este Decreto no modificaba el Derecho vigente, sino que, a través de esta disposición, no hacía más que confirmarlo (49); en consecuencia, es opinión unánime que hasta la publicación del Código civil está vigente en Mallorca como Derecho supletorio el Derecho común y que incluso se extiende esta vigencia hasta la Compilación de 1961. Esta opinión parece confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre 1872, que dice: Cdo. que una de

(47) La renovación de la Audiencia de Mallorca, de 11 mayo 1576, está recogida en las *Ordnacions* de MOLL, fols. 154-168.

(48) *Novísima recopilación*, lib. 5, tít. 10, ley 1.

(49) SUREDA, Ob. cit., pág. 38, y PASCUAL y GONZÁLEZ, *Derecho civil*, cit., pág. 34.

esas legislaciones especiales derivaba en su mayor parte del Derecho romano, es la del antiguo Reino de Mallorca, la cual recibió nueva confirmación por el Decreto llamado de nueva planta, expedido por el Rey Don Felipe V en 28 de noviembre de 1716, que forma la ley 1.ª, título 10, libro 5 del mencionado Código (la Novísima Recopilación) estableciendo que en todo lo que no esté comprendido en el mismo se observarán todas las prácticas y privilegios con que se gobernaba antiguamente la isla de Mallorca»...

Pero la lectura e interpretación que del Decreto de Nueva Planta de Mallorca ofrecen los autores, nos presenta una grave duda que no aparece puesta de relieve por los autores mallorquines: ¿cómo puede decirse que este Decreto mantenga la vigencia del Derecho romano como supletorio del propiamente mallorquín, cuando su aplicación no estaba claramente recogida en ningún texto legal de aquellos a los que se alude en el citado Decreto de Nueva Planta? Es quizá por esta razón que en el momento de vigencia del Código civil se estableció en el art. 13 del antiguo título preliminar que el mismo era el único supletorio del Derecho de Mallorca, diciendo que «no obstante lo establecido en el artículo anterior, este Código empezará a regir en... las Islas Baleares al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se oponga a aquéllas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente estén vigentes». La aplicación del Código en Aragón está plenamente justificada por las peticiones que hicieron en este sentido los diputados aragoneses, pero no lo está en relación a Mallorca, dado que no aparece en las discusiones parlamentarias ninguna petición en este sentido (50). De todos modos reconozco la poca eficacia práctica de esta pregunta, por cuanto se ha admitido normalmente la aplicación del Derecho común en Mallorca, no como Derecho propio, sino como Derecho supletorio, aunque con las connotaciones que hemos atribuido a esta palabra en el apartado anterior. En consecuencia, puede decirse que el Derecho propio de Mallorca se circunscribía antes del Decreto de Nueva Planta a pocas materias y que éstas eran preferentemente de orden administrativo, procesal y penal. En materia civil podían distinguirse varios tipos de instituciones: las propias, reguladas fundamentalmente por costumbres, las que en mayor o menor grado recibían la influencia catalana, ya fuese por aplicación directa del Derecho catalán (cosa que raramente ocurrió) ya porque se tratase de instituciones con una común raíz romana y, por último, las reguladas directamente por el Derecho romano, como la sucesión intestada, instituciones que quedarán reguladas por el Derecho común, sobre todo a partir del privi-

(50) Acerca de la discusión parlamentaria sobre la aplicación del Código civil como supletorio en Aragón puede consultarse mi trabajo *La Codificación y el Derecho foral*. RDP, 1978, págs. 621 y ss. Véase asimismo PASCUAL y GONZÁLEZ, Ob. cit., págs. 54-55.

legio de Gaeta (51). El Código civil vendría, pues, a ser verdadero supletorio del Derecho de Mallorca, puesto que podía decirse que el único Derecho aplicable a las instituciones mallorquinas era el común, por lo que puede decirse que el Código civil, a partir de su entrada en vigor, no será el supletorio de segundo grado, como ocurrió en Cataluña o Navarra, sino el supletorio directo, por actuar el auténtico supletorio como Derecho propio.

Este reconocimiento del Código como Derecho supletorio ha sido reconocido finalmente por la Compilación de 1961, la cual, en contra de la opinión de Pascual, recoge esta aplicación en la disposición final 2.ª (52), diciendo que «en lo no previsto en la presente Compilación regirán los preceptos del Código civil que no se opongan a ella y las fuentes jurídicas de aplicación general». Con esta disposición la Compilación no hace más que recoger el régimen existente anteriormente, dado que el Derecho común ha pasado a formar parte del régimen puramente balear, como ocurrió históricamente y el Código civil será el supletorio de este régimen.

Con esto damos fin al estudio de la materia de las fuentes del Derecho en Mallorca. El trabajo podría estar más documentado; sin embargo, he creído interesante aportar mi opinión sobre un punto muy debatido y que tradicionalmente aparece de difícil solución entre los historiadores del Derecho y los propios civilistas, porque en el fondo comporta una serie de connotaciones políticas que la admisión de todo Derecho supletorio ha comportado siempre.

BIBLIOGRAFIA

La bibliografía que aquí se inserta es la que se ha utilizado para la realización del presente trabajo y que figura en las notas a pie de página.

- BALLESTER, *El Apéndice de Baleares*. Revista de Menorca. Tomo XX, 1925.
 BORRELL I SOLER, Antonio María, *Derecho civil vigente en Cataluña*. Tomo IV. Barcelona, 1944.
 CLAVERO, Bartolomé, *Derecho de los Reinos*. Temas de historia del Derecho. Sevilla, 1977.
 CONSTITUCIONS I ALTRES DRETS DE CATALUNYA. Recopilación de 1704. Reproducción anastática de 1973.
 DUALDE SERRANO, Manuel, *Fori Antiqui Valentiae*. Madrid-Valencia, 1950-1967.
 ELÍAS DE TEJADA y Gabriella PERCOPO, *Historia del pensamiento político catalán. Mallorca y Menorca clásicas*. Madrid, 1963.

(51) RIPOLL, Ob. cit., pág. 12.

(52) PASCUAL y GONZÁLEZ en un estudio publicado en la Revista Jurídica de Cataluña seguía manteniendo la necesidad de que el Derecho romano actuará como supletorio aun después de entrar en vigor la Compilación de Derecho balear. Véase *El Derecho romano como supletorio de la Compilación*, pág. 165.

- LALAGUNA, Enrique, *La enfiteusis en el Derecho civil de Baleares*. Pamplona, 1968.
- MASCARÓ Y ALBERTY, *Ensayos jurídicos sobre el Derecho foral de Mallorca*. Palma, 1896.
- MASOT MIQUEL, Miguel, *El contrato sucesorio en el Derecho foral de Mallorca*. Palma de Mallorca, 1976.
- MIERES, Tomás. *Apparatus super constitutionibus curiarum generalium Cathaloniae*. Barcelona, 1631.
- MOLL, Antoni, *Ordinacions y sumari dels privilegis, consuetuts e bons usos del Regne de Mallorca*. Mallorca, 1663.
- PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis, *Bosquejo histórico y estado actual de las fuentes del Derecho foral de Mallorca*. RDP, 1931, págs. 289 y ss.
- PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis, *Derecho civil de Mallorca*. Mallorca, 1951.
- PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis, *El Derecho romano como supletorio de la Compilación del Derecho civil de Baleares*. RJC, 1960, págs. 151 y ss.
- PIÑA HOMS, Román, *El Gran i General Consell. Asamblea del Remo de Mallorca*. Palma de Mallorca, 1977.
- PONS, Antoni, *Constituciones i ordinacions del Regne de Mallorca (s. XIII-XV)*. Tomo I. Mallorca, 1932.
- PONS GURI, José María, *Constituciones de Cataluña*. Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo V. Barcelona, 1952, págs. 232 y ss.
- QUADRADO, José María, *Privilegios y franquicias de Mallorca, cédulas, capítulos, estatutos, órdenes y pragmáticas otorgadas por los Reyes de Mallorca, de Aragón y de España, desde el siglo XIII hasta el fin del siglo XVII*. Palma, 1894.
- RIPOLL Y PALOU, Pedro, *Memoria sobre las instituciones del Derecho civil de las Baleares*. Palma, 1885.
- REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, *Cortes de los antiguos Reinos de Aragón y de Valencia y del Principado de Cataluña*. Tomo II. Cortes de Cataluña. Madrid, 1899.
- ROCA TRÍAS, Encarna, *El Código civil como supletorio de los Derechos nacionales españoles*. ADC, 1978, págs. 227 y ss.
- ROCA TRÍAS, Encarna, *La Codificación y el Derecho foral*. RDP, 1978, páginas 596 y ss.
- ROVIRA Y ERMENGOL, *Usatges de Barcelona y Commemoracions de Pere Albert*. Barcelona, 1933.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho civil*. Tomo I. Madrid, 1899.
- SUREDA, *Existencia y fuentes de la legislación foral de Mallorca*. RDP, 1913.
- SALVA Y RIERA, Jaime, *Derecho de familia en Mallorca*. Palma de Mallorca, 1918.
- TATJER PRAT, Teresa, *Constituciones de Cataluña y comentario de los juristas catalanes relativos al fideicomiso*. RJC, 1978, págs. 815 y ss.
- VILLANUEVA, *Viaje literario a las Iglesias de España*. Tomo XXI: Viaje a Mallorca. Madrid, 1851.

La naturaleza del «leasing» o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales

ANTONIO CABANILLAS SANCHEZ

Profesor de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. Introducción.—II. La naturaleza jurídica del *leasing* financiero: 1. La tesis de Giovanoli. 2. El *leasing* financiero y el negocio fiduciario. 3. El carácter arrendaticio del *leasing* financiero. 4. El *leasing* inmobiliario y la Ley de Arrendamientos Urbanos. 5. Los casos en que se oculta, bajo la forma negocial del *leasing* financiero, una venta.—III. El control de las condiciones generales en el *leasing* financiero: 1. El control de las condiciones generales de los contratos. 2. Importancia de la cuestión en el *leasing* financiero. Referencia a las cláusulas que se analizan en este estudio. 3. La sociedad de *leasing* no es responsable cuando el usuario no tiene a su disposición los bienes en la fecha y lugar convenidos. 4. La sociedad de *leasing* se exonera de toda responsabilidad si los bienes presentan vicios que disminuyen su valor o los hacen inservibles para el fin deseado, o si el usuario es privado de los mismos (evicción). 5. El usuario soporta el riesgo del percimiento fortuito de los bienes. 6. La falta de pago de alguna mensualidad justifica la resolución del contrato de *leasing* financiero, la devolución de los bienes y el pago inmediato de una parte importante de las mensualidades no vencidas.

I. INTRODUCCION

El *leasing* o arrendamiento financiero es hoy día uno de los principales medios de financiación empresarial, debido sobre todo al desarrollo que ha experimentado en los últimos años. Su origen se encuentra en Estados Unidos, y en la década de los sesenta se ha extendido rápidamente por Europa. En nuestro país surge en el año 1965 con la creación de las sociedades ALQUIBER y ALENQUINSA. Su desarrollo ha sido vertiginoso; en el año 1975 las operaciones de *lea-*

sing financiero alcanzaron la cifra de 10.000 millones de pesetas. lo que representó un aumento del 17,64 por 100 en relación con el año anterior (1). Al mismo tiempo ha crecido extraordinariamente el número de sociedades dedicadas al *leasing* financiero, que de ocho existentes en el año 1972 pasaron a ser más de treinta en 1974 (2). El *leasing* financiero va a experimentar un notable impulso en nuestro país con la publicación del Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977 («B. O. E.», de 28 de febrero), relativo al arrendamiento financiero (*leasing*) de bienes muebles, y el Real Decreto de 31 de julio de 1980 («B. O. E.», de 29 de agosto), referente al arrendamiento financiero (*leasing*) de bienes inmuebles, que configuran un nuevo régimen fiscal, muy favorable para los que intervienen en este peculiar negocio (3). El *leasing* financiero de inmuebles, cuya práctica era inexistente, empieza a practicarse en nuestro país. Son diversas las sociedades que comienzan a dedicarse a esta modalidad del *leasing* financiero (HISPAMER, AL-

(1) GUTIÉRREZ VIGUERA, *El «leasing» como institución financiera*, Madrid, 1980, p. 305.

(2) VIDAL BLANCO, *El «leasing» una innovación en la técnica de financiación*, Madrid, 1977, pp. 42-44, y PÉREZ RUIZ, en el prólogo a la edición española de la monografía de COILLOT, *El «leasing»*, Madrid, 1972.

(3) Han sido obstáculos de carácter fiscal los que han impedido un mayor desarrollo del *leasing* financiero en España. El *leasing* financiero de inmuebles, a diferencia de lo que ha sucedido en Alemania Federal, Francia y Bélgica, apenas se ha practicado hasta la publicación del Real Decreto de 31 de julio de 1980 (cfr., VIÑA MAGDALENO, *El «leasing» como medio de financiación de la empresa. Su problemática*, en Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1978, p. 253; MARTÍN OVIEDO, *El «leasing» ante el Derecho español*, Madrid, 1972, p. 132; GUTIÉRREZ VIGUERA, *El «leasing»...*, p. 40). Hasta la publicación de esta disposición legal y del Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977, era muy pesada la carga fiscal, debido al elevado número de impuestos que gravaban a este negocio complejo. Al estructurarse el *leasing* financiero como un arrendamiento con opción de compra en favor del usuario, incidían los siguientes impuestos: el Impuesto General de Transmisiones Patrimoniales, que gravaba separadamente el arrendamiento, la opción de compra y la compraventa; la contribución territorial urbana (si el *leasing* es inmobiliario) y el Impuesto General sobre Renta de Sociedades.

Se aprecia que el trato fiscal era sumamente oneroso; sobre todo por la tributación independiente de la opción de compra y de la compraventa. Por esto, la generalidad de la doctrina (cfr., MARTÍN OVIEDO, *El «leasing»...*, pp. 119 y 137 y VIDAL BLANCO, *El «leasing»...*, p. 286) señaló la conveniencia de una intervención del legislador encaminada a la eliminación de los obstáculos fiscales que dificultaban el desarrollo del *leasing* financiero. MARTÍN OVIEDO (*El «leasing»...*, pp. 119 y 137) consideró conveniente la unificación del tratamiento fiscal de las operaciones de *leasing* financiero, adscribiéndolas en su totalidad al Impuesto General sobre Tráfico de Empresas. Nuestro legislador ha tenido en cuenta esta sugerencia y, en las disposiciones legales referidas, grava unitariamente el *leasing* o arrendamiento financiero con el citado impuesto. Las operaciones de arrendamiento financiero (*leasing*) son configuradas como actos habituales de las empresas a efectos de su gravamen por el Impuesto General sobre Tráfico de las Empresas. La publicación de estas disposiciones fiscales se ha notado en la práctica de este negocio, que conoce un mayor desarrollo, practicándose también en el ámbito inmobiliario.

QUIBER...). Estas consideraciones revelan que estamos en presencia de un tema jurídico de indudable interés.

Teniendo en cuenta los modelos que operan en el tráfico, podemos establecer la mecánica del *leasing* financiero. En este negocio complejo participan tres sujetos, cuyas relaciones configuran su significado general. Las relaciones que surgen entre estos tres sujetos se estructuran de la manera siguiente: a) El usuario se pone en contacto con un suministrador de determinados bienes. De esta manera conoce perfectamente sus características y condiciones; b) Posteriormente, el usuario se dirige a una sociedad de *leasing* para que adquiera los bienes que desea y se los ceda durante un determinado período de tiempo, a cambio de una contraprestación dineraria; c) La sociedad de *leasing* examina la propuesta del usuario, cuya aceptación determina la celebración del contrato de *leasing* o arrendamiento financiero; d) La sociedad de *leasing*, de acuerdo con las instrucciones del usuario, adquiere los bienes designados por éste; e) El contrato celebrado por la sociedad de *leasing* y el usuario (el *leasing* o arrendamiento financiero) está sujeto a un plazo de duración irrevocable, a cuyo vencimiento el usuario dispone de una triple opción: 1.º La devolución de los bienes cedidos a la sociedad de *leasing*; 2.º La renovación del contrato de *leasing* financiero; 3.º La adquisición de la propiedad de los bienes.

En este estudio tratamos de solucionar dos importantes problemas jurídicos: el de la naturaleza del *leasing* financiero y el del control de las condiciones generales de este negocio. En esta labor hemos tenido muy en cuenta la reciente monografía de Giovanoli: «*Le crédit-bail (leasing) en Europe: développement et nature juridique*», París, 1980, con prólogo de Hemard.

En la citada monografía, Giovanoli no expone el desarrollo y el régimen jurídico del *leasing* financiero en España; sin embargo, lleva a cabo una exposición detallada de su configuración en Alemania Federal, Francia, Bélgica, Suiza e Italia, lo cual es sumamente útil para comprender el significado general del *leasing* financiero. Suministra, de forma ordenada y rigurosa, una extraordinaria documentación, de difícil acceso, y se adentra en el examen de la copiosa literatura jurídica que sobre este tema existe en los países referidos. Con razón, el profesor Hemard destaca en el prólogo la riqueza de la monografía, tanto por el número de indicaciones sobre la utilización del *leasing* en dichos países, como por el análisis de las reglas jurídicas (civiles y fiscales) que le son aplicables en cada uno de ellos. En este sentido, los anexos (págs. 443-530) atestiguan la importante investigación que ha realizado este autor suizo; en ellos ofrece una información completa de los distintos textos legales, modelos de contratos, jurisprudencia y bibliografía existentes. Por este motivo, estamos ante una obra de necesaria consulta, pues facilita extraordinariamente cualquier trabajo de investigación que se realice sobre el *leasing* financiero y suscita el planteamiento de numerosos problemas jurídicos. El orden en la exposición y el rigor en las citas, que hemos tenido ocasión de

comprobar, aumentan su valor. En relación con el *leasing* financiero, no tenemos conocimiento de que se haya realizado un estudio de Derecho comparado semejante al de Giovanoli. Además, no realiza un examen comparativo breve y superficial, sino que expone con amplitud la problemática jurídica del *leasing* financiero en cada uno de los países citados. El análisis comparativo comprende las dos terceras partes de la monografía (aproximadamente 350 páginas). Giovanoli completa la labor con la exposición de su punto de vista personal sobre el significado y la naturaleza jurídica del *leasing* financiero (págs. 351-437).

Todas las razones apuntadas han determinado que tengamos muy en cuenta la monografía citada para analizar los problemas que examinamos en este estudio. Por ello, consideramos conveniente reflejar su contenido general, dedicando una especial atención a los puntos de vista de Giovanoli. No comparte la mayor parte de las opiniones que defendimos en el estudio que sobre el *leasing* financiero se ha publicado en este ANUARIO (4), y sobre todo su tesis está claramente dirigida a proteger los intereses de las sociedades de *leasing*, sin tener en cuenta que algunas de las cláusulas que figuran en las condiciones generales son de difícil justificación.

En la exposición del contenido de la monografía, vamos a seguir el orden expositivo adoptado por Giovanoli.

PARTE PRIMERA.—*Noción económica y origen del «leasing»*

1. *Desarrollo de la operación* (págs. 11-17).—Giovanoli explica el desarrollo de la operación de *leasing* mobiliario. Señala que existen tres fases, que expone con abstracción de toda tentativa de calificación jurídica.

Primera fase.—Una empresa (el usuario), que tiene necesidad de bienes de equipo, se dirige a un suministrador y acuerda el precio y el plazo de entrega. Pero en lugar de adquirir directamente los bienes, solicita el concurso de un establecimiento financiero, la sociedad de *leasing*. Si ésta acepta intervenir, entrega al suministrador el precio convenido y adquiere, en lugar de la empresa cliente (el usuario), la propiedad de los bienes elegidos. Estos bienes son entregados a la empresa (el usuario), que los recibe como si ella misma los hubiese adquirido. La empresa (el usuario) soluciona directamente con el suministrador los incidentes que surgen en caso de retraso en la entrega o defectos en los bienes entregados.

Segunda fase.—Durante un período fijo (denominado período irrevocable), la empresa (el usuario) goza de los bienes financiados. En contraprestación, entrega a la sociedad de *leasing* unos pagos periódicos, que son calculados de manera que cubran la total devolución de los fondos puestos por la sociedad de *leasing*, los gastos, intereses y margen de beneficio. Al mismo tiempo, la empresa (el usuario) asume el conjunto de los riesgos, cargas y responsabilidades que se refieren

(4) *El «leasing» financiero y la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1980, III, pp. 759-785.

a los bienes financiados. Además, se compromete a abstenerse de realizar actos que puedan disminuir el valor de los bienes financiados, y no puede modificarlos o desplazarlos sin el consentimiento de la sociedad de *leasing*.

Tercera fase.—Al concluir el período irrevocable, la empresa (el usuario) tiene varias opciones:

— Si los bienes financiados no tienen interés para la empresa (el usuario), puede simplemente devolverlos a la sociedad de *leasing*, que los desechará si no tienen valor, o los venderá si lo tienen.

— La empresa (el usuario) dispone frecuentemente de una opción de compra, que le permite acceder a la propiedad de los bienes.

— A menudo, se acuerda que la empresa (el usuario) puede demandar también la renovación del contrato por una duración variable, abonando un precio periódico reducido.

La estructura general de la operación de *leasing* es parecida cuando tiene por objeto la financiación de inmuebles. Sin embargo, hay que destacar algunas peculiaridades; sobre todo, cuando la empresa (el usuario) desea que sean construidos edificios nuevos, puesto que entonces será necesario, de una parte, adquirir el terreno o constituir un derecho de superficie (o un arrendamiento-construcción, e incluso un derecho de enfiteusis) en beneficio de la sociedad de *leasing* y, de otra parte, concluir un contrato de empresa general o toda una serie de contratos de empresa para construir los edificios previstos. Después de la terminación de la construcción, la operación se desarrolla de la misma manera que la segunda fase de la operación de *leasing* mobiliario.

En la fase de conclusión de la operación aparece otra importante peculiaridad del *leasing* inmobiliario: contrariamente a los bienes de equipo, los inmuebles financiados conservan siempre un cierto valor e incorporan a menudo una plusvalía. Por esto, la empresa (el usuario) tendrá siempre interés en ejercitar la opción de compra. A veces, se prevé que la propiedad pase automáticamente a la empresa (el usuario) por el juego de la accesión.

Al lado de la forma clásica de *leasing*, está el *lease-back*: la empresa (el usuario) vende los bienes a la sociedad de *leasing*, conservando su goce por virtud de un contrato de *leasing*.

2. *El «leasing» como procedimiento de financiación y como operación de crédito* (págs. 17-21).—Para la sociedad de *leasing* se trata de un negocio comparable al préstamo, mientras que para la empresa cliente (el usuario), de un procedimiento de financiación de sus inversiones productivas. El objeto del *leasing*, desde el punto de vista de la empresa (el usuario), reside en realizar una inversión determinada para satisfacer sus necesidades.

3. *Apreciación de la utilidad del leasing* (págs. 32-43).—Para el usuario, las incitaciones para recurrir al *leasing* son múltiples. Así, por ejemplo, simplifica la gestión y aporta un elemento de flexibilidad a la política de inversiones. Nótese que asegura la íntegra financiación

de una inversión a través de fondos externos. Permite llevar a cabo una economía de los fondos propios, que pueden ser utilizados para cumplir otros fines o simplemente para reforzar la tesorería. Además, el *leasing* implica que los pagos periódicos pueden estar estrechamente adaptados a los ingresos que se obtienen de la explotación de los bienes financiados.

Algunos autores afirman que el *leasing* es un negocio bastante oneroso para el usuario. Sin embargo, Giovanoli (pág. 34) señala que no tienen en cuenta el escalonamiento en el tiempo de los pagos. Además, el *leasing* dispensa al usuario de todo pago inmediato, repartiéndose la carga durante un largo período (tres a cinco años, en el *leasing* mobiliario; diez a veinte años, en el *leasing* inmobiliario). En el intervalo, el usuario obtiene el beneficio del rendimiento de los bienes.

En el plano fiscal, el interés del *leasing* depende, en buena medida, del régimen fiscal que le sea aplicable.

Para la sociedad de *leasing*, el mismo representa dos indudables ventajas: la rentabilidad, pues obtiene un importante beneficio económico, y la seguridad de los fondos invertidos, ya que conserva la propiedad de los bienes durante el período de *leasing*. Para el suministrador, el *leasing* es un instrumento de promoción de ventas.

4. *Terminología y tipología del leasing* (págs. 44-73).—Giovanoli expone las diferentes definiciones legales del *leasing* (artículo 1.º de la Ley francesa de 2 de julio de 1966; Decretos alemanes de 21 de marzo de 1972 y 9 de abril de 1971; artículo 1.º del Decreto Real belga de 10 de noviembre de 1967; Proyecto de ley italiano de 25 de julio de 1979), haciendo una síntesis en un cuadro comparativo muy detallado (págs. 52-53). A continuación, enumera todas las operaciones denominadas impropriadamente *leasing* (págs. 54-57) y muestra los diferentes tipos de *leasing* utilizados en los sectores económicos, insistiendo en las particularidades que presenta el *leasing* inmobiliario (págs. 60-73).

5. *El nacimiento y el desarrollo del «leasing» en Estados Unidos y Gran Bretaña* (págs. 74-101).—La primera parte de la monografía concluye con un atento examen del origen del *leasing* en Estados Unidos y Gran Bretaña. El autor no se limita a exponer el origen de este negocio complejo, sino que también describe las características que presenta en ambos países. Analiza la normativa del *Uniform Commercial Code* (UCC) sobre el «*lease*» y alude al proyecto inglés de *Lending and Security Act*.

PARTE SEGUNDA.—Desarrollo del «leasing» en Europa continental: cuadro jurídico y fiscal

1. *El «leasing» en Francia* (págs. 109-147).—Este país ha jugado un papel pionero en la implantación del *leasing* en Europa continental. En el plano legislativo, las autoridades francesas han promulgado un conjunto de disposiciones legales, que no tiene equivalente en el resto de Europa.

Giovanoli analiza el desarrollo económico del *leasing* financiero de

bienes muebles e inmuebles, y sobre todo la Ley de 2 de julio de 1966, la Ordenanza de 28 de septiembre de 1967 y las diferentes disposiciones de carácter fiscal (Decretos de 4 de febrero de 1972 y 4 de julio de 1972).

2. *El leasing en Alemania Federal* (págs. 148-168).—La República Federal de Alemania es, con Francia, el país de Europa continental donde el *leasing* ha conocido un mayor éxito, aunque las condiciones de su desarrollo han sido muy diferentes en los dos países. Las autoridades alemanas han adoptado, en relación con la nueva técnica de financiación, una política de «*laisser faire*», que contrasta con el intervencionismo francés. Solamente en el dominio fiscal ha preocupado el *leasing* a las autoridades alemanas. Se han promulgado los Decretos de 19 de abril de 1971 y 21 de marzo de 1972, que están inspirados en la doctrina jurisprudencial del *Bundesfinanzhof*, que arranca de la sentencia de 26 de enero de 1970. En determinados casos, se afirma que, en el plano fiscal, el usuario es el propietario económico de los bienes financiados: cuando el precio de la opción de compra es insignificante; cuando los bienes carecen prácticamente de valor al concluir el período irrevocable de *leasing*; cuando el precio del alquiler es muy bajo durante el período de renovación del contrato; cuando los bienes sólo son susceptibles de ser utilizados por el usuario.

Giovanoli expone la evolución del *leasing* en Alemania Federal, una vez publicadas las citadas disposiciones legales, destacando la ausencia de un cuadro legal específico que discipline los aspectos sustantivos del *leasing* financiero.

3. *El «leasing» (location-financement) en Bélgica* (págs. 169-182). *Giovanoli* destaca la diversa evolución del *leasing* de bienes muebles y de bienes inmuebles. En lo referente al *leasing* mobiliario, se ha seguido de cerca el ejemplo francés. El Decreto Real de 10 de noviembre de 1967 se inspira en la legislación francesa. Por contra, no existe en Bélgica una reglamentación específica aplicable al *leasing* inmobiliario. El autor expone el desarrollo del *leasing* y examina la mencionada disposición legal. También se refiere a las normas fiscales que se aplican a este peculiar negocio.

4. *El «leasing» en Italia* (págs. 183-200).—*Giovanoli* se refiere al origen del *leasing* financiero en Italia, y al desarrollo que ha experimentado en este país. Señala las incertidumbres existentes para determinar su régimen jurídico, ya que no existe todavía una disposición legal que lo discipline. A partir de 1973 han aparecido diversos proyectos de ley, sin que ninguno haya cristalizado en ley. El proyecto de 25 de julio de 1979 está inspirado en la normativa francesa. Existen algunas disposiciones fiscales que se aplican al *leasing*.

5. *El «leasing» en Suiza* (págs. 201-216).—En Suiza, el *leasing* se ha implantado más tarde que en otros países de Europa. *Giovanoli* expone las razones que lo han motivado. Destaca la ausencia de una reglamentación específica que discipline sus aspectos sustantivos; sólo existen normas de carácter fiscal.

PARTE TERCERA.—Naturaleza jurídica de «leasing»

1. *Derecho francés* (págs. 223-269).—La normativa francesa (Ley de 2 de julio de 1966 y Ordenanza de 28 de septiembre de 1967) conceptúa al *leasing* (*crédit-bail*) como un arrendamiento con opción de compra en favor del usuario. Esta calificación ha sido aceptada por la doctrina dominante y la jurisprudencia, que afirma la naturaleza arrendaticia del *leasing* o *crédit-bail* a partir de la Sentencia del Tribunal Comercial de La Rochelle de 26 de junio de 1964.

Los caracteres específicos del *leasing* de inmuebles han sido tenidos escasamente en cuenta por la corriente dominante, que ha aplicado en el dominio inmobiliario la teoría elaborada en el mobiliario. El problema fundamental ha consistido en determinar si es aplicable a este tipo de *leasing* la legislación especial de arrendamientos comerciales. La doctrina y la jurisprudencia están divididas en este punto. A pesar de consistir el *leasing* de inmuebles en un arrendamiento, por lo que, en principio, parece aplicable la citada normativa especial, Bey y otros autores destacan que, con ello, se pondría en peligro la propia subsistencia de este medio de financiación en el terreno inmobiliario.

Una modalidad especial del *leasing* de inmuebles es el *lease-back*, también llamado cesión-arrendamiento, cuya única diferencia con el *leasing* clásico consiste en que el suministrador del inmueble, en lugar de ser un tercero, es el futuro usuario. La disciplina legal no establece ninguna distinción entre el *lease-back* y el *leasing* clásico. Además, los modelos que operan en la práctica son casi idénticos en estas dos variedades de *leasing*. Por ello, la generalidad de los autores no pone en duda que el *lease-back* es un auténtico *leasing*.

Algún autor francés ha rechazado la naturaleza arrendaticia del *leasing*. Se opina que es un contrato *sui generis*, que no puede incluirse en ninguno de los contratos tipificados. También se ha dicho que es un préstamo de dinero, que se caracteriza porque la sociedad de *leasing* detenta la propiedad de los bienes en garantía.

Giovanoli se refiere al tema de las cláusulas penales que aparecen en los contratos de *leasing*. Se cuestiona si, en el marco del *leasing* o *crédit-bail*, son aplicables los artículos 1.152 y 1.231 del Código civil francés, que establecen el poder de moderación del juez cuando la pena convencional es manifiestamente excesiva o insignificante. Algunos autores señalan que la obligación del usuario es indivisible, y que la aplicación de estos artículos es incompatible con la naturaleza financiera del *leasing*. Otros, en cambio, piensan lo contrario.

Por último, se alude a la relación que surge entre el usuario y el suministrador de los bienes. Parece que existe una oferta de venta, negociada por el suministrador y el usuario y aceptada posteriormente por la sociedad de *leasing*. Sin embargo, algunos autores entienden que existe una promesa unilateral de venta del suministrador, que se hace en beneficio de la persona designada por el futuro usuario, e incluso se ha estimado que, debido a que el futuro usuario obra como

mandatario de la sociedad de *leasing*, ésta asume la promesa de comprar los bienes designados por el usuario.

Un gran debate doctrinal surge en torno a la explicación jurídica de la acción directa del usuario contra el suministrador de los bienes. Se han expuesto múltiples teorías: a) juega la acción de responsabilidad extracontractual; b) existe una delegación que acepta el usuario; c) existe una subrogación convencional del usuario en la posición jurídica de la sociedad de *leasing*; d) la sociedad de *leasing* cede al usuario el crédito que tiene contra el suministrador; e) existe una estipulación de la sociedad de *leasing* con el suministrador en beneficio del usuario; f) existe un mandato conferido por la sociedad de *leasing* al usuario.

2. *Derecho alemán* (págs. 270-302).—En Alemania Federal, a consecuencia de la sentencia fundamental del *Bundesfinanzhof* de 26 de enero de 1970, el Ministerio de Economía y Finanzas publicó dos Decretos de 16 de abril de 1971 y 23 de marzo de 1972, precisando el régimen fiscal de las operaciones de *leasing* financiero. Estas disposiciones legales establecen, como vimos, los casos en que el usuario detenta la propiedad económica de los bienes.

La doctrina dominante asimila el *leasing* al arrendamiento. Las partes no tienen intención, en el momento de la conclusión del contrato de *leasing*, de transferir la propiedad de los bienes. La venta ulterior, debida al ejercicio de la opción de compra, no influye en la calificación de la relación contractual que vincula a las partes durante el período de arrendamiento. Las particularidades del *leasing* se explican por su función financiera. Sin embargo, algunos autores estiman que el *leasing* es un contrato mixto, en el que concurren elementos del arrendamiento y de la venta; otros, en cambio, piensan que es una compraventa, basándose en las diferencias esenciales que existen entre el *leasing* y el arrendamiento y en que el objeto económico del negocio es la enajenación de la sustancia de los bienes. Finalmente, algunos piensan que es un contrato *sui generis* que se distingue de la venta y del arrendamiento.

Los Tribunales alemanes han aplicado la *Abzahlungsgesetz* cuando han apreciado que la finalidad económica del negocio es idéntica a la de la venta; en cambio, debido a la remodelación de los modelos de contratos de *leasing*, aquéllos se muestran cada vez más favorables a admitir que el centro de gravedad del *leasing* es el arrendamiento.

Giovanoli refiere algunas cláusulas que aparecen en los contratos de *leasing*, cuya validez es puesta en duda por los autores y los Tribunales, sobre todo a partir de la entrada en vigor de la ley sobre «Condiciones generales» (*AGB-Gesetz*).

3. *Derecho belga* (págs. 303-316).—El Decreto Real de 10 de noviembre de 1967 se refiere al *leasing* mobiliario, que califica como arrendamiento financiero (*location financement*) con opción de compra en favor del usuario. En lo esencial, la mayor parte de los autores y Tribunales aceptan la calificación legal, si bien no dejan de destacar el carácter especial del arrendamiento financiero.

El *leasing* inmobiliario presenta unos caracteres muy peculiares. La enfitéusis ha conocido un auténtico renacimiento en Bélgica, al ser uno de los soportes del *leasing* inmobiliario (5). La razón hay que encontrarla en el deseo de la sociedad de *leasing* de evitar la aplicación de la legislación especial de arrendamientos comerciales.

4. *Derecho italiano* (págs. 317-330).—En Italia, el *leasing* sólo ha sido contemplado por disposiciones fiscales, que tratan de favorecer su desarrollo. En el plano del Derecho privado, sólo existen proyectos de ley, que inspirados en la legislación francesa, lo enmarcan en el arrendamiento. Ante esta situación legal, no es extraño que se aprecie una notable perplejidad en la doctrina y la jurisprudencia. Se pueden distinguir cuatro tesis. A los que vinculan el *leasing* al arrendamiento se oponen los partidarios de las normas de la compraventa. Entre los dos extremos se sitúan los que afirman su naturaleza mixta. Algunos autores señalan que es un préstamo con garantía real.

5. *Derecho suizo* (págs. 331-348).—En Suiza, el debate sobre la naturaleza del *leasing* se ha desarrollado sin que exista una reglamentación legal específica. Se pueden distinguir tres tendencias doctrinales. Según una primera opinión, el contrato de *leasing* es una venta a plazos. Una segunda opinión afirma que si las partes no han tenido, en el momento de la conclusión del contrato, la intención de enajenar los bienes en un momento dado de la operación, se trata de un contrato de cesión de uso *sui generis*. Para algunos autores es un contrato mixto.

Destaca Giovanoli que las sociedades helvéticas han tratado de descartar la aplicación de la normativa legal sobre la venta a plazos. Esta actitud se refleja en la aproximación del *leasing* al arrendamiento.

PARTE CUARTA.—*Análisis de la operación de leasing* (págs. 351-441).

El análisis del *leasing* financiero constituye la cuarta parte de la obra; en la misma el autor quiere proceder a un nuevo examen del citado negocio, exponiendo los defectos que presentan todos los intentos de calificarlo como arrendamiento o compraventa. Entiende que estos intentos conducen a un divorcio entre la realidad económica y su forma jurídica. Para Giovanoli, la aproximación del *leasing* a las instituciones tradicionales no debe hacerse al nivel de los conceptos, sino teniendo en cuenta la realidad concreta del negocio celebrado.

Como sucede que el suministrador de los bienes sólo aparece esporádicamente en la fase inicial de este negocio, el análisis ha de referirse sucesivamente a las relaciones internas, es decir, las de la sociedad de *leasing* y el usuario, y las relaciones externas, es decir, las de la sociedad de *leasing* y el usuario frente a terceros (el suministrador de los bienes es un tercero).

(5) Es interesante destacar que, en nuestro Derecho, RICO PÉREZ (*Uso y disfrute de bienes ajenos con opción de compra*, Madrid, 1977, p. 44) ha considerado que el censo enfitéutico es la mejor solución para el *leasing* inmobiliario.

1. La relación entre la sociedad de *leasing* y el usuario se articula de la siguiente manera: a) La sociedad de *leasing* presta dinero al usuario; se trata de un préstamo destinado a la financiación de una inversión específica. La sociedad de *leasing* entrega la suma convenida directamente al suministrador de los bienes financiados, que es el tercero designado por el usuario. En contrapartida al préstamo, el usuario contrae la obligación de devolver a la sociedad de *leasing*, en plazos sucesivos, el montante prestado, aumentado con los intereses, gastos y margen de beneficio. Estos pagos periódicos no tienen nada que ver con el alquiler, ya que se trata de una deuda única, debida íntegramente desde el comienzo de la operación, aunque su pago sea fraccionado. De esta manera tiene plena justificación las cláusulas de los contratos de *leasing* que obliga al usuario a pagar los plazos pendientes, aunque los bienes financiados hayan perecido por fuerza mayor o caso fortuito, y, en general, las diversas cláusulas de las condiciones generales que exoneran a la sociedad de *leasing* de cargas y responsabilidades.

Según Giovanoli, el usuario tiene una facultad alternativa, ya que puede liberarse, a su elección, pagando el último plazo (el denominado «precio de opción de compra») o renunciando al goce de los bienes. Se dice generalmente que en esta hipótesis el usuario restituye los bienes a la sociedad de *leasing*. Esta explicación es inexacta, porque la sociedad de *leasing* no ha tomado anteriormente posesión efectiva de los bienes. En efecto, en el comienzo de la operación los bienes han sido entregados directamente por el tercero suministrador al usuario, o estaba ya en posesión de éstos (*lease-back*). En los dos casos, la sociedad de *leasing* sólo ha adquirido el título de propiedad en garantía, sin desposesión del usuario. Señala este autor que, además, otras opciones son ofrecidas al usuario. La más frecuente es la denominada opción de prórroga del *leasing*, que le permite el goce de los bienes hasta la terminación de la sustancia económica. Cuando el valor residual es elevado al término de la operación, algunas veces se prevé que el usuario pueda concluir una segunda operación de *leasing*.

El carácter de préstamo del *leasing* se refleja en la naturaleza de los derechos y las obligaciones de las partes y en las cláusulas típicas de los contratos de *leasing* financiero. Giovanoli (pág. 384) precisa que estas cláusulas se justifican mejor en el préstamo que en el arrendamiento.

b) El usuario transmite fiduciariamente la propiedad de los bienes a la sociedad de *leasing*. Durante todo el largo período de devolución del préstamo, el usuario se encuentra en la misma posición que el fiduciante-vendedor, y la sociedad de *leasing* en la del fiduciario que ha recibido la propiedad de los bienes en concepto de garantía. En el marco de los derechos reales, la sociedad de *leasing* —como fiduciario— es propietario de los bienes. Esto significa que puede oponer su derecho de propiedad a cualquier tercero. Con relación al usuario (fiduciante), la sociedad de *leasing* sólo la detenta en garantía.

c) Para el usuario, el interés esencial del *leasing* reside en permitirle la financiación de la inversión por el propio rendimiento de los

bienes. Por ello, es imprescindible que el usuario conserve el goce de los bienes, aunque su propiedad haya sido transferida a la sociedad de *leasing* como garantía de la devolución del préstamo. La sociedad de *leasing* acepta limitar el ejercicio de sus prerrogativas de propietaria (no goza de los bienes), porque el usuario, en contrapartida, debe asumir las cargas y los riesgos y exonerar a la sociedad de *leasing* de cualquier responsabilidad. Según Giovanoli (pág. 401), estas cláusulas, que serían insólitas e incomprensibles en la lógica del arrendamiento, tienen pleno sentido si se califica el *leasing* de la manera descrita.

2. Las relaciones externas de la sociedad de *leasing* y del usuario con los terceros presentan una problemática peculiar. El autor (página 404) conceptúa al suministrador de los bienes como tercero, y analiza, en este capítulo, la posición común de la sociedad de *leasing* y del usuario frente al suministrador, y sus relaciones con los restantes terceros.

a) El problema de las relaciones entre el suministrador de los bienes y el usuario es uno de los más difíciles de resolver. La cuestión tiene un interés práctico considerable, como testimonian los numerosos litigios relacionados con la entrega y los defectos de los bienes. Fiel a su papel puramente financiero, la sociedad de *leasing* trata de exonerarse de toda responsabilidad en estas hipótesis. Giovanoli (págs. 406-407) se refiere a la adquisición de los bienes por la sociedad de *leasing*, siguiendo las instrucciones del usuario. Cuestiona si la sociedad de *leasing* actúa como mandatario del usuario cuando compra los bienes al suministrador. Según este autor, la objeción más fundada que puede hacerse a los autores que consideran que la sociedad de *leasing* actúa como mandatario del usuario cuando se relaciona con el suministrador de los bienes, es la siguiente: de acuerdo con esta tesis, es necesario admitir que, debido a que los efectos del mandato se producen en la persona del mandante, los bienes son adquiridos por el usuario. Este efecto no se acomoda a la función económica del *leasing* financiero, porque la sociedad de *leasing* estaría privada de su principal garantía: la propiedad de los bienes. Giovanoli (pág. 407) opina que este razonamiento es irrefutable, pero incompleto. Si se admite que la sociedad de *leasing* actúa por cuenta del usuario al adquirir los bienes, es exacto pensar que el usuario debe convertirse en propietario; pero otra convención despliega simultáneamente sus efectos entre el usuario y la sociedad de *leasing*: la venta en garantía. Si el usuario se convierte en propietario de los bienes, en un «instante lógico» transmite inmediatamente el título de propiedad a la sociedad de *leasing* en concepto de garantía. A fin de evitar la doble transmisión de la propiedad, las dos operaciones señaladas se combinan y la sociedad de *leasing* retiene en el paso el título de propiedad en concepto de garantía. No obstante, otros efectos de la adquisición hecha por la sociedad de *leasing* (mandatario) se producen en la cabeza del usuario (mandante), que obtiene el goce de los bienes y soporta los riesgos y las cargas que resulten de la adquisición. Para este autor (pág. 408), el mandato de adquirir los bienes, dado por el usuario a la sociedad

de *leasing*, debe ser calificado como «mandato de interés común». Con esta construcción, afirma Giovanoli, se salvaguarda perfectamente el interés de la sociedad de *leasing*.

b) Finalmente, Giovanoli (págs. 410 ss.) aborda el problema de la protección de la sociedad de *leasing* y del usuario frente a la acción de los terceros. La protección de la misma está asegurada por la conservación de la propiedad de los bienes, que es oponible a los terceros en los supuestos de quiebra del usuario, enajenación de los bienes y constitución de prenda o hipoteca por el usuario. La oponibilidad está, además, asegurada por la publicidad registral en el ámbito del *leasing* inmobiliario. En el marco del *leasing* mobiliario, sería muy conveniente la creación de un sistema organizado de publicidad; sin embargo, sólo en Francia se ha constituido el mismo.

La protección del usuario debe ser asegurada en los casos de quiebra de la sociedad de *leasing* y de venta de los bienes. La publicidad responde a esta necesidad en el *leasing* inmobiliario. En el *leasing* de bienes muebles, el usuario dispondrá de las acciones correspondientes para dirigirse contra la sociedad de *leasing*, y obtener la reparación del daño que ésta le ha causado. Según Giovanoli (pág. 425), la protección del usuario es más eficaz en los países que vinculan la transmisión de la propiedad a la tradición, que en los otros. Nótese que el usuario es el poseedor de los bienes.

II. LA NATURALEZA JURIDICA DEL «LEASING» FINANCIERO

1. *La tesis de Giovanoli.*—Como hemos visto, Giovanoli configura el *leasing* financiero como un préstamo de dinero que hace la sociedad de *leasing* al usuario. En virtud de un mandato conferido por el usuario a la sociedad de *leasing*, ésta entrega la suma prestada al suministrador de los bienes, que es un tercero designado por el usuario. La propiedad de los bienes es adquirida por el usuario (mandante) en un «instante lógico», porque vende simultáneamente los bienes a la sociedad de *leasing* (venta en garantía). La sociedad de *leasing* va a ser la propietaria fiduciaria de los bienes durante el período fijado para la devolución del dinero prestado, de los gastos e intereses y del margen de beneficio. A lo largo de este período, el usuario conserva el goce de los bienes. Una vez que ha abonado a la sociedad de *leasing* la referida suma de dinero, el usuario adquiere el pleno dominio de los bienes. Sin embargo, cabe la posibilidad de que el usuario no abone el último plazo (el denominado impropriadamente «precio de opción de compra»), en cuyo caso no adquiere la propiedad de los bienes.

Giovanoli no es el único autor que configura de la citada manera al *leasing* financiero. Una tesis semejante es defendida por Calon (6) y

(6) CALÓN, *Crédit-bail immobilier et statut des baux commerciaux*, en *Juris Classeur Periodique*, 1977, I, 2842.

Clarizia (7). En nuestro Derecho, De la Cuesta Rute (8) señala que el negocio es fiduciario, pues el usuario se encuentra respecto a la cosa en una posición idéntica a la de quien habiendo celebrado un contrato de compraventa no ha llegado a adquirir la propiedad por retenerla en garantía el *tradens*. Si se mira desde el ángulo de su posición respecto del pago del precio, es idéntica a la del fiduciante en garantía del crédito. A diferencia de los autores mencionados, De la Cuesta Rute tiene en cuenta la teoría del profesor De Castro sobre el significado del negocio fiduciario (crítica a la teoría del doble efecto).

En contra de esta tesis se pronuncian casi todos los autores y la jurisprudencia. La mayoría no la tienen en cuenta; algunos autores, sin embargo, exponen argumentos para negar que el *leasing* financiero es un préstamo. En el Derecho alemán se destaca que la asimilación del *leasing* financiero al préstamo de dinero (*Gelddarlehen*) no es posible, porque no existe transferencia de la propiedad de una suma de dinero. La propia sociedad de *leasing* adquiere los bienes, por lo que no puede pretenderse que el pago del precio al suministrador extingue una deuda del usuario (9). Se afirma también que no puede concebirse el *leasing* financiero como un préstamo de determinadas cosas, que tiene como contrapartida la obligación del usuario de devolver otro tanto de la misma especie y calidad (*Sachdarlehen*). Los contratos de *leasing* financiero no se refieren a cosas fungibles, sino a bienes específicos, cuya propiedad no es transferida al usuario (10). En el Derecho italiano se piensa de forma similar. Concretamente, se precisa que el *leasing* financiero no puede reconducirse a los esquemas del comodato (gratuidad de la prestación) ni del mutuo (contrato que prevé únicamente la obligación de restituir la cosa fungible transmitida en propiedad al mutuuario) (11). En nuestro Derecho se afirma acertadamente que el *leasing* financiero no puede configurarse como mutuo o comodato. Del mutuo, con el que el *leasing* financiero puede guardar alguna afinidad por su función financiera, separa a este contrato la fungibilidad característica de los bienes prestados cuya propiedad se transfiere al prestatario quien, en caso de restitución, cumple entregando otro bienes de la misma especie o calidad. Y por lo que se refiere al comodato, si bien es cierto que en el *leasing* financiero existe una cesión de uso, no lo es menos que no es éste un contrato especialmente gratuito, ni se admite en él que el propietario de los bienes pueda re-

(7) CLARIZIA, *Alcune considerazioni sul contratto di locazione finanziaria*, en Banca, Borsa e Titoli di Credito, 1976, II, p. 471.

(8) DE LA CUESTA RUTE, *Reflexiones en torno al «leasing»*, en la Revista de Derecho Mercantil, 1970, p. 606.

(9) BINDER, *Rechtsnatur und Inhalt des Leasing-Vertrages*, Köln, 1967, pp. 31-32; PLATHE, *Die rechtliche Beurteilung des Leasing-Geschäfts*, Kiel, 1969, p. 136; KUMMER, en SOERGEL, BGB, tomo 3, 1980, p. 64.

(10) Referencia en nota anterior.

(11) GARGIULLO, *Aspetti giuridici del contratto di Leasing*, en *II Foro Italiano*, Roma, 1971, parte V., p. 43; MINEO, *Leasing e garanzia patrimoniale*, Roma, 1976, p. 327.

clamarlos si tiene necesidad como sucede, en cambio, en el comodato (12).

A nuestro juicio, la tesis de Giovanoli no se acomoda a la realidad. La sociedad de *leasing* no presta dinero al usuario, sino que, con dinero de ella, compra los bienes al suministrador designado por el usuario. La propia sociedad de *leasing* adquiere la propiedad de los bienes para cedérselos en arrendamiento al usuario. Si el *leasing* financiero implicase un préstamo de dinero, no se comprende por qué motivos el usuario no compra directamente los bienes al suministrador, una vez que la sociedad de *leasing* le ha prestado el dinero. No sería necesario y lógico implicar a la sociedad de *leasing* en la adquisición de los bienes y complicar de manera extraordinaria la operación, haciendo que la sociedad de *leasing* se relacione con el suministrador en virtud de un mandato. Además, de acuerdo con el planteamiento de Giovanoli, lo lógico sería que la propiedad de los bienes la adquiriese directamente el usuario. Sin embargo, como ve que esto no sucede en la realidad y además conduce a unas consecuencias jurídicas que no le satisfacen, recurre a una auténtica ficción: el usuario, en el instante en que recibe la propiedad, la transmite en garantía a la sociedad de *leasing*. Nos parece que son totalmente acertadas las razones señaladas para negar que el *leasing* financiero es un mutuo o un comodato.

Giovanoli y, en general, los autores que configuran el *leasing* como un negocio fiduciario, afirman, sin base alguna, que existe una venta en garantía, de tal suerte que se transmite la propiedad de los bienes a la sociedad de *leasing*. No se aprecia en el *leasing* financiero que el usuario venda los bienes a la sociedad de *leasing*. Giovanoli no repara en que, salvo que se haya producido una venta disfrazada (13), el usuario no es el propietario de los bienes, porque la sociedad de *leasing* no los ha adquirido con dinero prestado al usuario, sino que los ha comprado con dinero propio al suministrador designado por éste. Entre nosotros, Sagrera y Martorell (14) y Martín Oviedo (15) son los únicos autores que critican de manera específica la configuración del *leasing* financiero como negocio fiduciario. Afirman los primeros que la tesis de los autores que piensan que la sociedad de *leasing* detenta la propiedad de los bienes en méritos de una *fiducia cum creditore*, es una interpretación que no parece la más adecuada conociendo la intención de las partes que concurren en la formalización de estos contratos. Con sentido crítico, Martín Oviedo precisa que hay autores que haciendo, si es preciso, una pirueta en el vacío, se aventuran conclusiones como: el *leasing* no es más que... un negocio fiduciario.

Entendemos que la argumentación de Giovanoli obedece a un claro

(12) Equipo formado por IGLESIAS PRADA, bajo la dirección de MENÉNDEZ, *Derecho Mercantil*, II, Unidad didáctica 1.ª, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1976, p. 96; VIDAL BLANCO, *El «leasing»...*, p. 151; RICO PÉREZ, *Uso y disfrute...*, p. 35.

(13) Mas adelante señalamos los casos en que esto tiene lugar.

(14) SAGRERA y MARTORELL, *Hacia un mayor conocimiento del contrato de «leasing»*, en Revista Jurídica de Cataluña, 1972, núm. 3, p. 565.

(15) MARTÍN OVIEDO, *El «leasing»...*, p. 227.

intento de superar los problemas que la naturaleza arrendaticia del *leasing* financiero puede ocasionar a las sociedades de *leasing*. A lo largo de la monografía (16), señala que, con su tesis, diversas cláusulas de las condiciones generales, cuya licitud ha sido puesta en duda, sobre todo en Alemania Federal y Francia, son perfectamente lícitas. También niega que el *leasing* financiero pueda enmascarar una venta, porque si este negocio es calificado de esta manera, las sociedades de *leasing* pierden la propiedad de los bienes, lo cual no conviene a la protección de sus intereses. Con la tesis construida, este autor suizo trata de evitar este problema y además impedir la asimilación del *leasing* a la venta.

2. *El leasing financiero y el negocio fiduciario.*—Debemos destacar que Giovanoli configura la venta en garantía y, en general, el negocio fiduciario, de una manera poco satisfactoria. Para este autor, en el marco de los derechos reales, la sociedad de *leasing* —como comprador fiduciario— es la propietaria de los bienes; por ello, puede oponer su derecho de propiedad frente a todos (vg., los acreedores del usuario y sus causahabientes). Frente al usuario (vendedor-fiduciante), la sociedad de *leasing* está obligada a cumplir el pacto de fiducia. No puede enajenar los bienes, porque, una vez que el usuario ha devuelto a la sociedad de *leasing* el montante convenido, tiene derecho a adquirir plenamente la propiedad de los bienes. Estamos, pues, ante un negocio, el *leasing* financiero, del que derivan efectos reales (oponibles *erga omnes*) y personales (limitados a la sociedad de *leasing* y el usuario).

Giovanoli sustenta una concepción del negocio fiduciario que no puede mantenerse en el sistema jurídico español, de cariz marcadamente causalista. Hace algunos años, el profesor De Castro (17) consideró inadmisibles la teoría del doble efecto, y expuso cómo debe entenderse el negocio fiduciario en nuestro Derecho. Sus puntos de vista han sido aceptado por Albaladejo (18), Díez-Picazo y Gullón (19) y otros autores. De acuerdo con esta teoría, numerosas son las razones que impiden admitir en nuestro Derecho la tesis de Giovanoli. El Derecho español, a diferencia del alemán, no conoce el negocio abstracto (20). Como apunta De Castro (21), para la existencia de cada contrato se requiere una causa propia y adecuada (arts. 1.261 y 1.274 del Código civil). La transmisión de la propiedad se produce por consecuencia de ciertos contratos (los que tienen tal naturaleza transmisiva), mediante la tradición (artículo 609 del Código civil). Aplicando esta regla a la venta en garantía, resulta que el negocio transmisor de la propiedad (la

(16) En las págs. 399 y 401.

(17) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pp. 379 ss.

(18) ALBALADEJO, *Derecho civil. I. Introducción y parte general*, vol. 2.º, Madrid, 1975, pp. 266-267.

(19) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil I*, Madrid, 1979, pp. 627-628.

(20) Cfr. DE CASTRO, *El negocio...*, p. 406 y pp. 296 ss.

(21) DE CASTRO, *El negocio...*, pp. 406-407.

venta) carece de su causa propia, al no haber precio (artículo 1.445 del Código civil) y que no tiene otra causa, porque no puede servir de tal el pacto fiduciario, al haberse predicado la independencia total entre los dos negocios, el transmisivo de eficacia real y el pacto de mera eficacia obligatoria.

Tampoco desaparecen las dificultades apuntadas cuando se considera al negocio fiduciario unitariamente, con una propia y peculiar causa, la llamada «*causa fiduciae*». En la venta en garantía, ¿dónde se encuentra la reciprocidad de prestaciones propia de un contrato con causa onerosa? A la entrega de la cosa confiada no corresponde el precio, que aquí no existe. Las obligaciones asumidas por el fiduciario no pueden ser valoradas como contraprestación de la pérdida de la propiedad que sufriría el fiduciante; no son un «*quid pro quo*». El fiduciante *no ha recibido* nada por lo que ha dado. Las obligaciones del fiduciario harán tan sólo que su beneficio sea inferior del que lo sería por una donación simple, por la que se adquiere plena y definitivamente la propiedad, sin abonar precio; pues se dice que adquiere la propiedad plena y definitivamente, con la promesa de tener en cuenta que la recibe a fines de garantía; a la manera, si se quiere, de quien es favorecido con algo, bajo una carga o modo. El fiduciario recibe la propiedad, recibe también la garantía y en contraprestación nada ha dado, de nada se ha desprendido. En la venta en garantía, por tanto, no parece posible encontrar una causa que merezca el calificativo de onerosa y que así justifique el paso pleno y definitivo de la propiedad del fiduciante al fiduciario. A nadie, dice De Castro (22), se le ha ocurrido considerarla causa gratuita; sería absurdo decir que el fiduciante actúa como bienhechor haciendo una mera liberalidad (artículo 1.274 del Código civil) en favor del fiduciario (prestamista).

Si se analiza la venta en garantía, nos encontramos ante una escritura de venta. No frente a una «*mancipatio*» o al «contrato transmisiivo» alemán. Por ello, la venta, como contrato causal y no abstracto, requiere una causa. Al no haber precio, el negocio de compraventa se revela como contrato simulado. Por mucha fuerza taumatúrgica que se vea en el término negocio fiduciario, afirma De Castro (23), nunca llegará hasta convertir lo falso en verdadero. Puede la compraventa encubrir otro negocio. Este negocio disimulado será el de garantía. Mas los negocios de garantía no son negocios independientes, sino que para su existencia requieren la de aquel crédito de cuyo cumplimiento responden. La venta en garantía corrientemente se usa para garantizar un préstamo. El porqué y para qué del negocio fiduciario será entonces proporcionar al prestamista una seguridad más del cobro. Esta será la causa de la «*fiducia cum creditore*».

La construcción examinada del negocio fiduciario choca todavía con otro obstáculo: la inadecuación de la «*causa fiduciae*» respecto al efecto de transmitir una propiedad, de modo pleno y definitivo. Eliminada la compraventa como tal título transmisiivo, por ser simulada

(22) DE CASTRO, *El negocio...*, p. 408.

(23) DE CASTRO, *El negocio...*, p. 408.

o inexistente, queda como único título el disimulado de garantía. La transmisión de la propiedad requiere un título o causa adecuada. El garantizar un cobro no es título que puede justificar, respectivamente, una pérdida y una adquisición de propiedad, de modo pleno y definitivo.

Para salvar esta disonancia, se ha propuesto limitar la eficacia transmisiva del negocio. Se ha pensado que el fiduciario recibe una propiedad formal que confiere un poder dispositivo, mientras que el fiduciante conserva la propiedad material (poder de goce); distinguiéndose correlativamente una relación interna (entre fiduciante y fiduciario) y otra externa (entre fiduciario y terceros).

El profesor De Castro (24) apunta que esta construcción, aunque evita las repugnantes injusticias que origina la teoría del doble efecto, implica la creación de un tipo especial de Derecho real, lo que iría contra la tendencia al cierre del número de derechos reales (25); y, en lo que aquí importa, supone admitir el negocio fiduciario como una verdadera figura de negocio jurídico, cuando más bien parece se trate de un procedimiento anómalo o deformador del negocio jurídico.

Frente a la tesis de Giovanoli y de los autores que piensan como él, debemos decir que en un derecho causalista como es el español, que no admite el negocio abstracto, los llamados negocios fiduciarios se manifiestan en dos momentos: el contrato de compraventa simulado o con causa falsa (falta de precio), y los pactos disimulados, de garantía. Su verdadera singularidad se encuentra en que el supuesto adquirente (comprador) aparece como titular dominical, por obra del verdadero dueño, que le confía tal titularidad para conseguir un fin determinado. En la simulación absoluta también se creará generalmente una titularidad fiduciaria. La posibilidad del abuso se centra en la enajenación que el dueño simulado o el fiduciario pueda hacer en favor de un tercero de buena fe. Queda la nota residual de que, mientras el falso dueño carece de todo poder verdadero sobre la cosa, este poder se dará en el negocio fiduciario, a consecuencia del pacto fiduciario.

Lo que importa destacar es que, conforme al sistema jurídico español, la titularidad fiduciaria no se puede basar en lo que aparece como negocio transmisor de la propiedad (la venta simulada), sino que descansa únicamente en el pacto fiduciario subyacente (garantía de préstamo disimulado). Como en todo negocio simulado, los actos dispositivo que realice el fiduciario como titular dominical serán plenamente eficaces en favor del tercero de buena fe por título oneroso en virtud de la responsabilidad del fiduciante al haber creado tal situación. Además, los pactos fiduciarios pueden otorgar ciertos poderes al fiduciario respecto o en la cosa confiada.

3. *El carácter arrendaticio del «leasing» financiero.*—A nuestro juicio, existe una explicación más satisfactoria del *leasing* financiero.

(24) DE CASTRO, *El negocio...*, p. 409.

(25) Sobre la cuestión, véase el amplio estudio de DÍEZ-PICAZO, *Autonomía privada y derechos reales*, en Libro-Homenaje a Roca Sastre, vol. 2.º, Madrid, 1978, págs. 299 ss.

Conviene huir de las ficciones y examinar el negocio tal como se desarrolla en la realidad. El negocio celebrado por la sociedad de *leasing* y el usuario tiene carácter complejo, ya que concurren un arrendamiento de cosas y, normalmente, una opción de compra en favor del usuario. Esta calificación jurídica se basa en que el *leasing* es configurado por las partes como la cesión onerosa del uso de determinados bienes durante un plazo, debiendo el usuario devolver dichos bienes cuando vence el plazo establecido, a no ser que el usuario ejercite la opción de compra o solicite la celebración de un nuevo contrato de *leasing* financiero. La sociedad de *leasing* sólo pierde la propiedad de los bienes, que anteriormente compró al suministrador designado por el usuario, de acuerdo con el encargo y las instrucciones de éste (26), si ejercita la opción de compra. Por tanto, seguimos manteniendo la opinión que ya expusimos en este ANUARIO (27). Es indudable que la definición legal del arrendamiento de cosas, que aparece en el artículo 1.543 del Código civil, se acomoda perfectamente al fenómeno descrito. A nuestro entender, esta tesis es la que mejor se acomoda al propósito negocial de las partes y a la estructura del negocio.

Un sector doctrinal se ha opuesto claramente a esta calificación jurídica, diciendo que algunas de las cláusulas de las condiciones generales del *leasing* son incompatibles con el arrendamiento de cosas. Se señala que el *leasing* financiero implica una auténtica venta (28), porque los

(26) Aunque algunos autores han entendido que la sociedad de *leasing* no actúa como mandatario del usuario cuando se relaciona con el suministrador de los bienes (cfr., COILLOT, *Initiation au leasing ou crédit-bail*, París, 1968, pp. 133-134; CHAMPAUD, *Le leasing*, en *Juris Classeur Périodique*, 1965, núms. 28 y 29; MARTÍN OVIEDO, *El leasing...*, p. 37; LÓPEZ IRANZO, *Estudio jurídico del leasing*, en *Sociedades de leasing. Plan General de Contabilidad. Normas de adaptación*, Madrid, 1977, p. 306; REVERTE, *El contrato de leasing*, Murcia, 1969, p. 11); otros, en cambio, han rechazado esta tesis (cfr., VIDAL BLANCO, *El leasing...*, p. 138; CALÓN, *Les biens d'équipement ou leasing*, en *Recueil Dalloz Strey*, 1964, p. 17; Cámara Nacional de Consejeros Financieros, *Le leasing. Nouvelle formule d'équipement*, París, 1965, p. 13). A nuestro juicio, este punto de vista es el más acertado. Cuando la sociedad de *leasing* se dirige al suministrador designado por el usuario y adquiere los bienes de acuerdo con las instrucciones de éste, actúa como mandatario y el usuario como mandante. La sociedad de *leasing* interviene por cuenta de éste al relacionarse con el suministrador de los bienes. Se aprecia con claridad que el caso encaja perfectamente en la definición legal del mandato, que aparece en el artículo 1.709 de nuestro Código civil: «Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra».

(27) ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1980, fasc. III, pp. 764-765.

(28) En el Derecho italiano, MIRABALLI, *Il leasing e il Diritto italiano*, en *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1974, parte primera, pp. 245-256; DE NOVA, *Contratto di leasing e controllo delle condizioni generali*, en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1973, II, pp. 344-349; en el Derecho alemán; THIEL, *Das leasing-steuerlich gesehen*, en *Die Information über Steuer und Wirtschaft*, 1964, pp. 164 ss.; LWOWSKY, *Erwerbersatz durch Nutzungsverträge*, *Hamburger*, 1967, pp. 98 ss.; PLATHE, *Die rechtliche Beurteilung des Leasing-Geschäfts*, Kiel, 1969, pp. 157 ss.; FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, Berlín, 1976, p. 426; KLAAS, *Die Risikoverteilung bei neueren Finanzierungsmethoden*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1968, pp. 1502-1508; EMMERICH, *Schuldrecht, Besonderer Teil, Schwerpunkte*, III, 1973, p. 57; algunas sentencias de los

pagos parciales realizados no constituyen una renta periódica por el goce de determinados bienes, sino la parte fundamental del precio de compra. Cuando la opción de compra es ejercitable, el precio de los bienes ha sido prácticamente pagado. En el ámbito del *leasing* mobiliario, se comprende fácilmente esto si se tiene en cuenta que el plazo de vigencia del contrato de *leasing* financiero coincide con la duración económica de los bienes, de tal suerte que cuando el mismo se cumple los bienes carecen prácticamente de valor. El precio de la opción de compra es muy reducido (generalmente muy inferior al valor de los bienes en ese momento). Se apunta también que, en el *leasing* financiero, el usuario se encuentra en la situación de propietario; como si él hubiese comprado los bienes a plazos. Sólo así tiene sentido que el usuario soporte el conjunto de los riesgos, cargas y responsabilidades que se vinculan a los bienes. El pretendido derecho de propiedad de la sociedad de *leasing* es puramente formal, puesto que no ejerce ninguna de las prerrogativas del propietario sobre los bienes. En nuestro Derecho, algunos autores (29) propugnan la aplicación de la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles, de 17 de julio de 1965, por entender que el *leasing* financiero de bienes muebles es un negocio que cumple la misma finalidad económica que la venta a plazos de bienes muebles (*cf.* art. 2 de esta Ley especial). Esta ha sido la solución acogida por nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia de 28 de marzo de 1978. Broseta (30) puntualiza que la ausencia de reglamentación está fomentando este contrato, quizá a costa de disposiciones imperativas que regulan las ventas a plazos.

Otro importante sector doctrinal (31) ha estimado que el *leasing* financiero es un contrato *sui generis*, que no se puede identificar con la

Tribunales alemanes han aplicado la *Abzahlungsgesetz*; OLG de Köln, 29 de marzo de 1973 (Neue Juristische Wochenschrift, 1973, pp. 1615-1617); LG de Zweibrücken, 18 de septiembre de 1973 (Neue Juristische Wochenschrift, 1974, pp. 193-194); *Bundesgerichtshof*, 12 de diciembre de 1973 (Neue Juristische Wochenschrift, 1974, pp. 365-367); *Bundesgerichtshof*, 9 de marzo de 1977 (Neue Juristische Wochenschrift, 1977, pp. 1058-1059); en el Derecho suizo, STAUDER, *Le contrat de finance - equipment-leasing*, en *Memoires publiés par la Faculté de Droit de Geneve*, n. 30, Geneve, 1970, pp. 30 ss.; HAUSHEER, *Finanzierungs-Leasing geweglichen Investionsguter*, en *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, 1970, 106, pp. 224 ss.; algunas sentencias de los Tribunales suizos se pronuncian en este sentido: Tribunal de Vaud, 16 de mayo de 1974, y Tribunal de Zurich, 12 de marzo de 1974.

(29) DE LA CUESTA RUTE, *Reflexiones en torno al leasing*, en la Revista de Derecho Mercantil, 1970, pp. 605-608; ZUMALACÁRREGUI, *La financiación de la venta a plazos y su protección registral*, en *Curso de Conferencias sobre el Registro Mercantil*, Madrid, 1971, pp. 50-51.

(30) BROSETA, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1980, p. 397.

(31) En el Derecho belga, FREDERIQ, *Precis de droit commercial*, Bruxelles, 1970, pp. 181-182; en el Derecho italiano, GARGIULLO, *Aspetti...*, p. 43; D'AMATO, *Profilo giuridico del contratto di leasing* (nota a la sentencia del Tribunal de Vigevano de 14 de diciembre de 1972), en *Giustizia Civile*, Milán, 1973, I, pp. 1800-1801; en el Derecho alemán, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht, Besonderer Teil*, II, 11.ª ed., München, 1977, pp. 411-412; RUNGE-BREMSE-ZÖLLER, *Leasing-Betriebswirtschaftliche handels-und steuerrechtliche Grundlage*, Heidelberg, 1978, p. 233; en nuestro Derecho, RICO PÉREZ, *Op. cit.*, pp. 21-36; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 1980, p. 416.

venta, ya que no opera automáticamente la transferencia de la propiedad de los bienes al usuario en el momento del último pago, ni con el arrendamiento, pues en el *leasing* financiero son típicas una serie de cláusulas que impiden su asimilación al arrendamiento; estas cláusulas derivan básicamente del carácter financiero del *leasing*. No es compatible con el arrendamiento que el usuario soporte el conjunto de los riesgos, cargas y responsabilidades. Se dice también que en el *leasing* financiero (se están refiriendo al de bienes muebles) se contempla la amortización completa de los bienes, lo cual no se acomoda con el arrendamiento de cosas.

A nuestro juicio, ambas tesis pueden ser rebatidas. En primer lugar, debemos decir que existen importantes diferencias entre el *leasing* financiero y la venta a plazos, como destaca la doctrina dominante (32).

La *ratio* del *leasing* financiero radica en el goce temporal de unos bienes; no en la transmisión de su propiedad al usuario. La sociedad de *leasing* sólo pierde la propiedad de los bienes si el usuario ejerce

(32) En este sentido se pronuncia prácticamente la totalidad de los autores franceses: BEY, *De la symbiotique dans le leasing et crédit bail mobiliers*, París, 1970, pp. 168-72; CREMIEUX-ISRAEL, *Leasing et crédit-bail mobiliers. Aspects juridiques, comptables et fiscaux*, París, 1975, pp. 14 ss.; VIATTE, *La crédit-bail, Journal de notaires et des avocats*, París, 1968, p. 634; CHAMPAUD, *Leasing...*, ns. 25-36; COLLOT, *Initiation...*, pp. 88-97; en igual sentido, la inmensa mayoría de las sentencias de los tribunales franceses, que son citadas por los autores mencionados. En el Derecho alemán, MEILICKE, *Leasing. Kivilrecht-Bilanzrecht, Steuerrecht*, en *Der Betrieb-Beraters*, 1964, pp. 691-692; BOOK, *Leasing in der Bundesrepublik Deutschland*, en Hagenmüller, *Leasing-Handbuch*, Frankfurt, 1973, p. 86; FINK, *Equipment-Leasing in Bilanz und Steuer*, en Hagenmüller, *Leasing-Handbuch*, Frankfurt, 1973, p. 221; FLUME, *Das Rechtsverhältnis des Leasing in zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht*, Düsseldorf, 1972, pp. 15 ss., y en Der Bertieb, 1972, pp. 3 ss.; PUTZO, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 39 ed., München, 1980, parágrafo 535, 4; KRAUSE, *Die zivilrechtlichen Grundlagen der Leasing Verfahrens*, Köln, 1967, p. 80; en igual sentido se pronuncian numerosas sentencias de los Tribunales alemanes que son citadas por estos autores. En el Derecho italiano piensa de esta manera: TABET, *La locazione di beni strumentali (leasing)*, en Banca, Borsa e Titoli di Credito, Milan, 1973, II, p. 295; RUOZI, *Il leasing*, Milán, 1971, pp. 23-26; FOSSATI, *Il leasing. Moderna tecnica di finanziamento alle imprese*, Milán, 1972, pp. 44-47; BUONOCORE, *La locazione finanziaria nell'ordinamento italiano*, en *Il leasing. Profili privatistici e tributaria*, Milán, 1975, pp. 86 ss.; en igual sentido, diversas sentencias de los Tribunales italianos citadas por estos autores. En nuestro Derecho son de esta opinión: SANTOS BRIZ, *Derecho civil. Teoría y práctica. Derecho de obligaciones*. Tomo IV, Madrid, 1975, p. 167; LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales*, tomo XX-1, Madrid, 1980, pp. 78-79; LACRUZ, *Manual de Derecho civil*, Barcelona, 1979, p. 700; ILLESCAS, *El leasing: aproximación a los problemas planteados por un nuevo contrato*, en la *Revista de Derecho Mercantil*, 1971, pp. 99 y 100; equipo formado por IGLESIAS PRADA, bajo la dirección de MENÉNDEZ, *Derecho Mercantil...*, pp. 95-96; MARTÍN OVIEDO, *El leasing...*, pp. 72 y 73; VIDAL BLANCO, *El leasing...*, pp. 149-150; GUTIÉRREZ VIGUERA, *El leasing...*, p. 94; LÓPEZ IRANZO, *Estudio jurídico...*, p. 305; GARRIGUES-SÁNCHEZ CALERO, *Derecho Mercantil*, vol. 2.º, Madrid, 1980, p. 98. En nuestra jurisprudencia sólo existe la citada Sentencia de 28 de marzo de 1978, que, como hemos visto, aplica la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, debido a la preferencia en casación del criterio interpretativo del Tribunal de instancia.

la opción de compra. Entendemos que la presencia de un derecho de opción de compra en favor del usuario, que no es consustancial *leasing* financiero (33), no excluye que éste sea esencialmente un arrendamiento de cosas, pues ya es conocida desde el Derecho romano la posibilidad de pactar un arrendamiento con semejante opción de compra; estamos en presencia de una actualización moderna de dicha figura contractual compleja. Además, si una vez ejercitada la opción de compra es problemático afirmar que el *leasing* financiero cumple una finalidad económica similar a la de la venta a plazos, con mayor razón hay que afirmarlo cuando el usuario se encuentra meramente utilizando los bienes, pues no puede saberse a ciencia cierta si va a ejercitar el derecho de opción de compra al vencer el plazo de vigencia del con-

(33) Ya hemos expuesto en este ANUARIO (*El leasing financiero y la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1978*, 1978, fasc. 3.º, 1980, p. 763) que nada indica que la opción de compra en favor del usuario sea consustancial al contrato de *leasing* financiero, por lo que es factible que no conste en el mismo o que incluso tenga carácter bilateral, es decir, sea una opción de compra y venta, que pueda ser ejercitada por la sociedad de *leasing* y el usuario, si bien es muy infrecuente que se acuerde una opción bilateral. El Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977 (artículo 19) y el Real Decreto de 31 de julio de 1980 (artículo 2) se refieren a la opción de compra. Pensamos que hay que entenderla como un requisito necesario para la aplicación de estas disposiciones legales. Por eso, el artículo 19 del Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977 comienza diciendo que «a los efectos de la presente disposición constituyen operaciones de arrendamiento financiero...». Por consiguiente, es admisible un *leasing* o arrendamiento financiero de muebles o inmuebles, aunque no exista un derecho de opción de compra en favor del usuario. Un problema semejante se plantea en el Derecho francés. El artículo 1 de la Ley de 2 de julio de 1966 establece el carácter obligatorio de la opción de compra en favor del usuario. COLLOT (*Initiation...*, pp. 172-173) pone de relieve que algunas sociedades de *leasing* no establecen en sus condiciones generales el derecho de opción de compra en favor del usuario. Frecuentemente, se contentan con mencionar la posibilidad del usuario de adquirir el material al final del contrato, fijándose el precio en amigable acuerdo. En esta hipótesis no puede hablarse de un compromiso jurídico, al haberse reservado las partes la discusión del precio en caso de compra. A veces, incluso, no se hace ninguna alusión a esta posibilidad de compra, con la preocupación de evitar toda tentativa de asimilación a un contrato de venta a plazos. En tal caso, COLLOT da a entender que es perfectamente lícito el contrato celebrado por la sociedad de *leasing* y el usuario, aunque no se haya establecido un derecho de opción de compra. Sucederá simplemente que no se aplicará el régimen jurídico configurado por la citada ley, que favorece fiscalmente a las partes. Pensamos que debe acogerse una solución análoga en nuestro Derecho. Con anterioridad a la publicación de las tan citadas disposiciones legales, se afirmó en nuestra doctrina que la opción de compra es una característica típica del *leasing* financiero, aunque no esencial (*cf.*, MARTÍN OVIEDO, *El leasing...*, p. 108, nota 63). No hay razón para pensar que las mismas prohíban esta práctica negocial; simplemente no se aplicarán al negocio celebrado por la sociedad de *leasing* y el usuario. Debemos precisar, sin embargo, que en la inmensa mayoría de los contratos de *leasing* financiero que se celebren en nuestro país figurará un derecho de opción de compra en favor del usuario, debido fundamentalmente al beneficioso régimen fiscal que establecen los Decretos referidos. Así lo afirma también la doctrina y la jurisprudencia alemanas (*Cf.* KUMMER, en SOERGEL, BGB, tomo 3.º, parágrafo 535, Stuttgart, 1980, p. 64).

trato. Como dice el equipo formado por Iglesias Prada, bajo la dirección de Menéndez (34), es bastante frecuente que el usuario no ejercite el derecho de opción de compra y devuelva los bienes a la sociedad de *leasing*.

El hecho de que a través del *leasing* se cumpla una finalidad financiera (35) simplemente determina que tenga el carácter de arrendamiento especial, pues la misma se superpone a la causa del contrato: la cesión onerosa del uso y disfrute de bienes durante el plazo estipulado. La circunstancia de que el mismo esté precedido normalmente por la compraventa celebrada por el suministrador de los bienes y la sociedad de *leasing* (36), tampoco hace desaparecer el carácter esencialmente arrendaticio del contrato. Cada uno de estos contratos tiene causa propia, derivando las posibles relaciones del suministrador de los bienes y del usuario de cláusulas específicas, que no desvirtúan que el contrato celebrado por la sociedad de *leasing* y el usuario sea un arrendamiento con opción de compra en favor del usuario. Así, por ejemplo, es típico en el *leasing* financiero que exista una cláusula que concede al usuario la facultad de dirigirse directamente contra el suministrador cuando los bienes recibidos presentan vicios ocultos (37). Esto constituye, a nuestro entender, una subrogación convencional (artículo 1.212 del Código civil) del usuario en el ejercicio de la acción de saneamiento que corresponde al comprador de los bienes (la sociedad de *leasing*) (38). No parece admisible entender que esta cláusula

(34) Equipo formado por IGLESIAS PRADA, bajo la dirección de MENÉNDEZ, *Derecho Mercantil...*, pp. 95-96.

(35) El *leasing* es un medio de financiación que pretende dar respuesta a las crecientes demandas de capital en la industria y el comercio y, de modo particular, cumple esta función respecto de la pequeña y mediana empresa que no tienen fácil acceso a la financiación mediante la colocación de títulos en el mercado (*cfr.*, equipo formado por IGLESIAS PRADA, bajo la dirección de MENÉNDEZ, *Derecho Mercantil...*, pp. 94-95).

(36) Estamos en presencia de una compraventa mercantil, porque la opción de compra, que suele aparecer en los contratos de *leasing* financiero, presupone la posibilidad de la reventa con ánimo de lucro. Todo ello, como dicen SAGRERA y MARTORELL (*Hacia un mayor conocimiento del contrato de leasing...*, pp. 563-564), en virtud de una interpretación extensiva del artículo 325 del Código de comercio.

(37) Más adelante nos referimos ampliamente a esta cláusula de las condiciones generales del *leasing* financiero.

(38) En el Derecho francés existe un gran debate en torno a la determinación de la figura que justifica que el usuario pueda dirigirse directamente (acción directa) contra el suministrador de los bienes, cuando los bienes presentan vicios ocultos. Como ha expuesto ampliamente HARICHAUX-RAMU (*Le transfert des garanties dans le crédit-bail mobilier*, en la Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1978, pp. 209-267), se han formulado múltiples tesis: subrogación convencional, delegación, cesión de créditos, estipulación por otro y mandato. De todas ellas no cabe duda que la primera es la más acertada, por ser la que mejor se acomoda a la finalidad práctica perseguida por las partes. Las condiciones generales de los contratos de *leasing* financiero suelen conceptualizar de esta manera a la actuación del usuario contra el suministrador de los bienes. Seguramente por ser el procedimiento más sencillo para alcanzar la finalidad perseguida por la sociedad de *leasing* y el usuario.

la desvirtúa la naturaleza arrendaticia de la relación que surge entre la sociedad de *leasing* y el usuario, pues con ello no se afecta en modo alguno a la causa que caracteriza el arrendamiento de cosas.

Se dice que algunas cláusulas típicas del *leasing* financiero no se armonizan con la esencia del contrato de arrendamiento de cosas, disciplinado por nuestro Código civil (artículos 1.542-1.582). Es incompatible con la naturaleza de este contrato que el usuario asuma el conjunto de los riesgos, cargas y responsabilidades que se relacionen con los bienes entregados en *leasing* financiero. Sin perjuicio de que más adelante analizaremos con amplitud el significado de estas cláusulas, debemos decir ahora que la circunstancia de que la sociedad de *leasing* se exonere de responsabilidades, si los bienes entregados al usuario presentan vicios ocultos, no está en contradicción con la disciplina legal del arrendamiento de cosas. El artículo 1.553 del Código civil, al remitirse a las disposiciones sobre el saneamiento contenidas en el título de la compraventa, prevé esta posibilidad. La cláusula que establece que la falta de pago puntual de alguna de las mensualidades determina que la sociedad de *leasing* financiero puede resolver el contrato y exigir el pago de una parte importante de las mensualidades no vencidas, no afecta al carácter arrendaticio del *leasing* financiero. Estamos en presencia de una cláusula resolutoria expresa que tiene su justificación en un incumplimiento contractual, y de una cláusula penal que sustituye a la indemnización de daños y al abono de intereses en el supuesto de falta de cumplimiento (*cf.* artículo 1.152 del Código civil). El problema reside en que la suma fijada como pena convencional suele ser muy elevada. Se cuestiona si el juez puede modificar equitativamente la pena impuesta al usuario. Sobre el mismo, tratamos ampliamente en otro epígrafe. La cláusula que más problemas plantea, partiendo de que el *leasing* financiero tiene naturaleza arrendaticia, es la que determina que el usuario debe soportar todo tipo de riesgos. Aunque los bienes parezcan por caso fortuito o fuerza mayor, el usuario está obligado a pagar a la sociedad de *leasing* la totalidad de las mensualidades no vencidas. Sin embargo, si los bienes perecen por esta causa, se produce la extinción del contrato de arrendamiento (artículo 1.568 del Código civil). Si esto es así, ¿cómo puede explicarse que, en tal caso, esté obligado el usuario a pagar a la sociedad de *leasing* la totalidad de las mensualidades no vencidas? Se dice que esta cláusula sólo tiene explicación si se entiende que el usuario es el propietario de los bienes (*res perit domino*), o si se afirma que el *leasing* es un contrato *sui generis*. Cuando se afirma esto, no se tiene en cuenta que, como ha afirmado Vihadal Blanco (39), la validez de la citada cláusula se justifica en la suscripción de un seguro de los bienes, que al hacerse a nombre de la sociedad de *leasing* como beneficiario, permite la reposición inmediata de los bienes en cuestión, evitándose la situación de que se mantenga la obligación de pago de un arrendamiento que no tuviese la contrapartida del uso de los bienes arrendados. Lo que no puede justificarse es que el usuario no pueda resolver el contrato de *leasing* financiero, si el suminis-

(39) VIDAL BLANCO, *El leasing...*, p. 119.

trador no le entrega los bienes o se demora gravemente en la entrega, y que además deba pagar a la sociedad de *leasing* las mensualidades establecidas. Desde luego, esta cláusula no se acomoda al contrato de arrendamiento, porque la justificación del pago de renta se encuentra en el goce de los bienes. Existe un contrato de arrendamiento; lo que pasa es que la sociedad de *leasing* (arrendador) ha incumplido la obligación de entrega de los bienes al usuario (arrendatario). La exigencia del pago del precio, aunque no se entreguen los bienes, es tan difícil de justificar en el arrendamiento como en la compraventa. Esta cláusula no implica que el *leasing* financiero no sea básicamente un arrendamiento de cosas, sino que es de dudosa justificación. Más adelante intentamos, con mayor amplitud, demostrar lo que acabamos de señalar.

Finalmente, queremos decir que, en el plano legislativo, el artículo 19 del Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977, relativo al *leasing* de bienes muebles, y los artículos 1 y 2 del Real Decreto de 31 de julio de 1980, relativo al *leasing* de bienes inmuebles, se refieren a las empresas de arrendamiento financiero, al que definen como arrendamiento con opción de compra en favor del usuario. También es interesante resaltar que el artículo 21 del Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977 dispone que «a efectos de lo dispuesto en el párrafo 2.º de la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles a plazos, los bienes objeto de operaciones de arrendamiento financiero que cumplan lo dispuesto en la presente disposición, no se considerarán incluidos en el artículo 1.º del Decreto 1.193/1966 de 12 de mayo». En el panorama del Derecho comparado, la ley francesa de 2 de julio de 1966 (40) se refiere al *crédit-bail*, y en Bélgica, el Decreto Real de 10 de noviembre de 1967 (41) organiza el estatuto jurídico de las empresas que practican la *location-financement*. En Italia, el Proyecto de ley de 25 de julio de 1979 (42) se inspira claramente en la normativa francesa. Se refiere a la *locazione finanziaria*. La Ley de 2 de mayo de 1976 (43) disciplina la práctica del *leasing* financiero en el Mezzogiorno italiano, definiéndolo como un arrendamiento con opción de compra en favor del usuario. En Alemania Federal, los Decretos del Ministerio de Economía y Finanzas de 19 de abril de 1971 (44) y 23 de marzo de 1972 (45), de marcado carácter fiscal, que se refieren, respectivamente, al *leasing* de bienes inmuebles (*Möblien-Leasing-Erlass*) y al *leasing* de bienes inmuebles (*Immobilien-Leasing-Erlass*), establecen que el *leasing* financiero es un arrendamiento, aunque en determinados casos hay que entender, a efectos fiscales, que el usuario (*leasingnehmer*) es el propietario económico de los bienes (46).

(40) *Journal Officiel*, 3 de julio de 1966.

(41) *Moniteur belge*, 24 de noviembre de 1967.

(42) *Gazzette Ufficiale della Reppubblica Italiana*, n. 276, 1968, p. 6475.

(43) *Gazzette Ufficiale della Reppubblica Italiana*, n. 121, 1976, p. 3483.

(44) *Der Betriebs-Berater*, 1971, pp. 506-507. También en REICH, *Leasing*, en GITTER, *Vertragschuldverhältnisse*, München, 1974, pp. 63 y 64.

(45) *Der Betriebs-Berater*, 1972, pp. 433-434. También en REICH, *Leasing...*, pp. 84-85.

(46) Anteriormente señalamos los casos en que el usuario es el propietario económico de los bienes, de acuerdo con los Decretos señalamos.

La solución que defendemos, claramente dominante en nuestro Derecho y, en general, en el Derecho comparado, determina que debe aplicarse supletoriamente la normativa del Código civil sobre el arrendamiento de cosas. También, como vamos a ver más adelante, esta normativa legal debe ser tenida en cuenta a la hora de enjuiciar las cláusulas de las condiciones generales de los contratos de *leasing* financiero.

4. *El «leasing» de bienes inmuebles y la Ley de Arrendamientos Urbanos.*—Debemos destacar que la calificación jurídica propugnada motiva que se deba plantear un interesante problema jurídico. En relación con el *leasing* o arrendamiento financiero de inmuebles, es necesario formular la siguiente pregunta: ¿Debe aplicarse la legislación especial de arrendamientos urbanos? Debido a la naturaleza eminentemente financiera del *leasing*, el objeto del mismo sólo puede estar constituido por inmuebles industriales o comerciales. Así lo señala el artículo 1.º del Real Decreto de 31 de julio de 1980, que excluye de su aplicación al arrendamiento de viviendas (47). Parece, pues, indudable que el objeto del *leasing* o arrendamiento de inmuebles está constituido por locales de negocio, a los que se refiere la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de diciembre de 1964. Según el artículo 1.º de esta ley especial, el local de negocio es una edificación habitable cuyo destino primordial no es la vivienda, sino el de ejercitarse en ella, con establecimiento abierto, una actividad de industria, comercio o enseñanza. Las características del local de negocio establecidas por el artículo 1.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos coinciden sustancialmente con las determinadas por el Real Decreto de 31 de julio de 1980 para configurar el objeto del arrendamiento financiero de inmuebles.

La cuestión fundamental que ha de plantearse consiste en determinar si el arrendamiento, a pesar de tener por objeto un local de negocio, está excluido del ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos, debido a las cláusulas que aparecen en los negocios de *leasing* financiero; principalmente, el derecho de opción de compra en favor del usuario (48). A pesar de tener por objeto un

(47) En cambio, MARTÍN OVIEDO (*El leasing...*, p. 131) ha admitido el *leasing* de viviendas.

(48) Es interesante destacar que en Francia y Bélgica se plantea un problema similar, porque existe una legislación especial en materia de arrendamientos comerciales. En el Derecho belga, numerosos contratos de *leasing* de inmuebles se han basado en la enfiteusis, a fin de evitar el riesgo de que este contrato quede sometido a la legislación especial sobre arrendamientos comerciales (AEBY, *La location financement d'immeubles (leasing)*, Bruxelles, 1971, p. 21). En el Derecho francés, se aprecia un gran debate en torno a la solución de este problema. Un sector doctrinal ha afirmado que el *leasing* de inmuebles está sometido a la legislación de arrendamientos comerciales de 1953, porque ésta se aplica a los arrendamientos de inmuebles industriales o comerciales (cfr., COLLOT, *Initiation...*, p. 261; SOLAL, *L'application du statut des baux commerciaux aux contrats de crédit-bail immobilier*, en *L'actualité juridique de la propriété immobilière*, 1974, pp. 97-98). En contra de esta solución, se han pronunciado otros autores (BEY, *Nota a la sentencia de la Corte de París de 24 de febrero de 1978*, en *Juris Classeur Périodi-*

local de negocio, algunos autores (49) se muestran contrarios a la aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos al *leasing* de inmuebles. Se afirma que el conceptuar al *leasing* de inmuebles como un arrendamiento sometido a esta ley especial no determina ventajas para la sociedad de financiación al estar sujeto dicho arrendamiento a la prórroga forzosa como encuadrado en el número 1 del artículo 3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ni, en suma, para el propio comerciante (el usuario) que debe pagar incluso un precio superior al que abonaría por el arrendamiento concertado directamente con el suministrador del inmueble. Si en las relaciones entre la sociedad de *leasing* y el suministrador del inmueble puede existir una compraventa o un contrato análogo, no cabe afirmar que entre aquélla y el usuario pueda decirse que se da un arrendamiento protegido por la Ley de Arrendamientos Urbanos, sino una figura compleja, o, si se quiere, un «arrendamiento complejo», por celebrarse el contrato y calcularse el precio en relación a la duración económica del inmueble o tiempo que se calcula de posible explotación, y existir una opción de compra a favor del mismo. Arrendamiento que haría inaplicable el principio de la prórroga forzosa, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

A nuestro juicio, es indudable que estamos ante un arrendamiento de local de negocio, por lo que, en principio, parece clara la aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 1 de esta ley especial. Únicamente no se aplicará la Ley de Arrendamientos Urbanos si se arrienda una unidad patrimonial con vida propia, es decir, si estamos ante un arrendamiento de industria que, según el artículo 3 de la misma, está excluida de su ámbito de aplicación. Sin embargo, los autores que hemos citado, alegan una serie de argumentos para impedir la aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos al *leasing* financiero, que tiene por objeto un local de negocio. Estimamos que estos argumentos pueden ser rebatidos con cierta facilidad. El carácter complejo del arrendamiento financiero (*leasing*) de inmuebles se explica por el hecho de existir un derecho de opción de compra en favor del usuario. Ciertamente, es muy discutible excluir la aplicación de la tan citada ley especial por haberse insertado en el contrato un derecho de opción de compra. Gullón (50) plantea bien

que, 1978, II, 18934; CALÓN, *Crédit-bail immobilier et statut des baux commerciaux*, en *Juris Classeur Périodique*, 1977, I, 2842), poniendo de relieve que con su aplicación se crearía un desequilibrio, que es jurídicamente inútil y económicamente muy negativo. La aplicación de la legislación de arrendamientos comerciales podría determinar la desaparición de este modo de financiación, cuya importancia económica es reconocida y afirmada. En la jurisprudencia se observan decisiones opuestas. Una amplia referencia en los trabajos que acabamos de mencionar.

(49) FUENTES LOJO, *Posibilidades del «leasing» inmobiliario en España*, en *Revista de Administración Rústica y Urbana*, núm. 7, marzo-junio, 1972, página 32; RICO PÉREZ, *Uso y disfrute...*, p. 43; LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XX-1, Madrid, 1980, p. 76.

(50) GULLÓN, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*. Madrid, 1972, p. 127.

el problema, cuando formula las siguientes preguntas: ¿El contrato de arrendamiento queda convertido en complejo por la inserción en el mismo de la opción de compra que se concede al arrendatario? ¿Hay una mera unión de contratos o el nacimiento de un único contrato no sometido a los preceptos de la ley especial? Aunque existen sentencias del Tribunal Supremo que excluyen automáticamente la aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos cuando se agrega una opción de compra al arrendamiento (51), con mejor criterio la mayor parte de las sentencias de nuestro Tribunal Supremo consideran el pacto de opción de compra como una modalidad independiente de la del arrendamiento, es decir, como dos figuras distintas, aunque entrelazadas. En este sentido se pronuncian las Sentencias de 5 de junio de 1951 (52), 17 de mayo de 1954 (53) y 21 de febrero de 1963 (54).

A nuestro entender, tienen razón Rodríguez Aguilera y Pere Raluy (55) cuando dicen que no debe estimarse excluido del ámbito de la legislación especial el arrendamiento cuya única complejidad se limite a la adición a sus condiciones normales de determinada facultad concreta concedida al arrendatario, como por ejemplo el derecho de opción. Lo normal será pensar en una yuxtaposición de figuras, una de ellas (la opción) subordinada a la principal (el arrendamiento). La opción de compra no desnaturaliza, por tanto, el arrendamiento, de tal manera que motive la inaplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Si la opción de compra no es ejercitada por el arrendatario en el plazo fijado, nada impide que se mantenga el arrendamiento, de acuerdo con el principio de la prórroga forzosa. Para Porcioles (56), la opción no convierte al arrendamiento en complejo, tanto en razón a que la opción sólo implica una facultad potestativa en el arrendatario —optante—, sino en consideración a que la opción, como todo contrato de formación sucesiva, tiende a crear una futura situación jurídica, sin afectar la sustancia de la relación preexistente. Con el ejercicio de la opción se extinguirá, ciertamente, la relación jurídica arrendaticia, pero mientras subsiste, sus efectos serán los propios de toda relación locativa.

Estimamos, en definitiva, que la solución contraria a la propugnada es peligrosa, pues puede conducir a excluir de los preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos contratos que por sus características encajan perfectamente en su campo de aplicación. No podemos defender una solución que facilita la inaplicación fraudulenta de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

(51) La Sentencia de 7 de enero de 1948 afirma que el arrendamiento con opción de compra tiene carácter complejo, y, por tanto, ha de ser excluido de la Ley de Arrendamientos Urbanos (*Jurisprudencia Civil, Edición Oficial*, número 7).

(52) En *Jurisprudencia Civil, Edición Oficial*, núm. 8.

(53) En *Jurisprudencia Civil, Edición Oficial*, núm. 202.

(54) En *Jurisprudencia Civil, Edición Oficial*, núm. 174.

(55) RODRÍGUEZ AGUILERA y PERE RALUY, *Derecho de Arrendamientos Urbanos*, I, Barcelona, 1965, pp. 163 ss.

(56) PORCIOLES, *Arrendamientos complejos*, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, p. 925, nota 14.

5. *Los casos en que se oculta, bajo la forma negocial del «leasing» financiero, una venta.*—El hecho de que defendamos la naturaleza arrendaticia del *leasing* financiero, no significa que desconozcamos la posibilidad, señalada por autores que defienden una solución similar a la nuestra, de que bajo la forma negocial del *leasing* financiero se oculte una auténtica venta (57). En este caso, sin importar la denominación de las partes, se aplicará la Ley de Ventas de Bienes Muebles a Plazos, de 17 de julio de 1965, si el *leasing* financiero es de bienes muebles, y la normativa del Código civil sobre el contrato de compraventa, si el *leasing* financiero es de bienes inmuebles. Naturalmente, tampoco serán aplicables el Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977 y el Real Decreto de 31 de julio de 1980, porque ambas disposiciones legales exigen la presencia de un arrendamiento y de un derecho de opción de compra en favor del usuario. La sociedad de *leasing* no podrá beneficiarse del régimen fiscal que establecen estas disposiciones legales.

La conclusión expuesta se basa en que el Derecho español refuerza la eficacia de las leyes frente a las artimañas de los leguleyos (artículo 6, 2 del Título Preliminar del Código civil), regula el contrato valorando al máximo el significado de la causa (artículos 1.261, 1.274-1.276) y reduciendo al mínimo las exigencias formales (artículos 1.278, 1.279). Conforme a ello, la doctrina interpreta las leyes de acuerdo con su finalidad práctica (interpretación teleológica), y la calificación jurídica de los actos se hará en atención a su significación real, sea la que fuere la denominación con las que se les presenten, el disfraz bajo el que se les oculte o los procedimientos o rodeos empleados. La condena al fraude es por ello general y realista (58).

La figura del negocio indirecto, que podría alegarse para justificar la calificación deseada por las sociedades de *leasing*, no sirve para esquivar la aplicación de las normas imperativas (en nuestro caso, la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles). Se ha dicho acertadamente (59) que el sistema jurídico español, con su concepción espiritualista, basando en la causa la eficacia del negocio jurídico, no puede admitir el procedimiento de evasión a gran escala que supone la figura del negocio indirecto. Las reglas imperativas se consideran destinadas a favorecer lo que se entiende por mejor organización social y no se pueden interpretar como establecimiento de caprichosas estructuras formales o como restos de anacrónicos formalismos. La persecución del fraude se ha centrado en nuestro Derecho, precisamente en el reconocimiento del carácter sustantivo de las normas imperativas en general, y en la necesidad de mantener su vigencia frente a las siempre nuevas invenciones imaginadas para esquivar su aplicación. La jurisprudencia en todo caso y en recientes ocasiones las leyes, han creído conveniente expresar que dichas normas imperativas son aplicables a los actos y

(57) Cfr., SANTOS BRIZ, *Derecho civil...*, p. 171; MARTÍN OVIEDO, *El «leasing»...*, pp. 72-74; COILLOT, *Initiation...*, pp. 145-147; KUMMER, en SOERGEL.... p. 65.

(58) DE CASTRO, *El negocio...*, p. 372.

(59) DE CASTRO, *El negocio...*, p. 456.

contratos, cualquiera que sea su forma jurídica, mediante los cuales las partes se proponen conseguir los mismos fines económicos. El artículo 2 de la Ley de Ventas de Bienes Muebles a Plazos es un claro ejemplo de lo afirmado por el profesor De Castro.

De esta manera se plantea el importante problema jurídico de precisar los casos en que realmente las partes no han celebrado un arrendamiento o *leasing* financiero, sino una auténtica venta a plazos. Pensamos que esto sucede en tres casos: 1) Es muy problemático entender que existe un arrendamiento con opción de compra, si el plazo de vigencia del arrendamiento coincide con la duración de la vida económica de los bienes, de tal suerte que cuando el mismo vence éstos carecen prácticamente de valor, y el precio de la opción de compra, determinado en el momento de la celebración del contrato de *leasing* financiero, es insignificante o simbólico. Incluso Rubino, que es uno de los grandes defensores del negocio indirecto (60), entiende que respecto a la venta es necesario «un precio real», excluyendo la validez de la venta «nummo uno», pues ello sería ofensivo para el Derecho (61). Con sentido crítico, De Castro (62) puntualiza que no es concebible que en la escritura de venta de una finca (o de cualquier bien, pensamos nosotros) se diga que se vende por una peseta. Es verdad que la redacción del documento en que se plasme el negocio indirecto, ha podido dejar indicios de esta naturaleza; pero, no porque la venta simulada deje entrever el negocio disimulado podrá decirse que se hizo a la luz del sol y no hubo ocultación. En igual sentido, Díez-Picazo y Gullón (63). Por todo lo dicho, pensamos que cuando la opción es ejercitable, el precio de los bienes ha sido prácticamente pagado. El precio de la opción de compra no cumple la función económica de un precio autónomo, porque el valor económico de los bienes ha encontrado compensación en los pagos precedentes (63 bis). Tenemos con-

(60) Según RUBINO (*El negocio jurídico indirecto*, trad. de RODRÍGUEZ ARIAS, Madrid, 1953, p. 186), es fundamental el recurso al negocio indirecto y a la construcción en sentido técnico.

(61) RUBINO, *El negocio jurídico indirecto...*, p. 63, nota 45.

(62) DE CASTRO, *El negocio...*, p. 447.

(63) Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I, Madrid, 1979, página 638.

(63 bis) En este caso, existe una importante dirección doctrinal y jurisprudencial, que incluso se ha plasmado en textos legales, que afirma que el negocio celebrado es una auténtica venta a plazos o, al menos, que en el plano fiscal el usuario es el propietario económico de los bienes. En el Derecho alemán, el *Bundesfinanzhof*, en Sentencia de 26 de enero de 1970 (*Neue Juristische Wochenschrift*, 1970, pp. 1148-1151), 1 de octubre de 1970 (*Neue Juristische Wochenschrift*, 1970, pp. 1151-1152) y 18 de noviembre de 1970 (*Der Betriebs-Berater*, 1971, pp. 424-426), ha declarado que, en este caso, el usuario es el propietario económico de los bienes. En igual sentido, los Decretos del Ministerio de Economía y Finanzas de 19 de abril de 1971 (*Mobilien-Leasing-Erlass*) y 21 de marzo de 1972 (*Immobilien-Leasing-Erlass*). Son numerosas las sentencias de los Tribunales alemanes que aplican la *Abzahlungsgesetz* en este caso. En igual sentido, numerosos autores alemanes (véase la nota 28 de este estudio). En el Derecho francés, COLLOT (*Initiation...*, pp. 145-147) afirma que existe una venta disfrazada si, teniendo en cuenta el precio muy bajo de la ocupación de compra, el usuario sólo tiene como salida razonable ejer-

ciencia de que este punto de vista determina que una gran parte de los negocios de *leasing* financiero de bienes muebles que se celebran en nuestro país están más cerca de la venta a plazos que del arrendamiento con opción de compra; pero, como hemos apuntado, no podemos admitir que el esquema del arrendamiento con opción de compra sirva para obtener los resultados propios de la venta a plazos. Si admitiésemos esto, privaríamos de sentido a la causa, elemento esencial del negocio jurídico. Hay que tener en cuenta que el sistema jurídico español se basa en el control de las causas —típicas y atípicas— para determinar la validez del negocio y, según la naturaleza de la causa, la diferente eficacia de cada negocio (valor relativo de los derechos y obligaciones resultante) (64). Sin embargo, no puede afirmarse, con carácter general, que el *leasing* financiero de bienes muebles esté sujeto a la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles, como ha entendido nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia de 28 de marzo de 1978 (65), de acuerdo con el criterio de la Audiencia, porque siempre hay que tener en cuenta que, como señala Gutiérrez Viguera (66), el precio de la opción de compra se fija de una manera subjetiva y responde a la conveniencia de los contratantes. Nos parece interesante señalar que en Alemania Federal, debido a la doctrina del *Bundesfinanzhof* y sobre todo a la publicación de los referidos Decretos de 19 de abril de 1971 y 21 de marzo de 1972, que en el caso señalado califican al usuario como propietario económico de los bienes, diversas sociedades de *leasing* alemanas no establecen un precio insignificante o nominal para el ejercicio del derecho de opción de compra y, además, tratan de que no se produzca la amortización íntegra de los bienes durante el período irrevocable de *leasing* (*Restwertmodell* o *Tellamortisationsvertrag*).

En nuestro Derecho no existen disposiciones fiscales como las que existen en el Derecho alemán; pero, al exigirse la existencia de un arrendamiento con derecho de opción de compra, puede llegarse a una situación semejante. Si el precio fijado para el ejercicio del derecho

citarla, y CALÓN (*La location de biens d'équipements ou leasing*, en Recueil Dalloz Sirey, Chronique, 1965, p. 99), pone de relieve que en Francia diversas sociedades de *leasing*, ante el peligro de que la operación sea calificada por los Tribunales como venta disfrazada, establecen un precio de opción de compra que no es insignificante. En el Derecho belga destaca la sentencia del Tribunal de Apelación de Gand, de 27 de junio de 1966 (*Revue Critique de Jurisprudence Belge*, 1967, pp. 269 ss., con nota de VINCENT y DEHAN). En el Derecho italiano, son sumamente expresivas las opiniones de MIRABELLI (*Il leasing...*, pp. 245-256) y DE NOVA (*Contratto di leasing...*, pp. 344-346). En el Derecho suizo destacan las sentencias del Tribunal de Vaud, de 16 de mayo de 1974, y del Tribunal de Freiburg, de 12 de marzo de 1974, y la opinión de STAUDER, *Le contrat de finance-equipement...*, pp. 32 ss. Finalmente, en el Derecho norteamericano, teniendo en cuenta el parágrafo 1-201 (37) del *Uniform Commercial Code*, se ha desarrollado una jurisprudencia abundante que ha calificado el negocio como venta si el precio de la opción de compra es nominal o simbólico (cfr. FERRANINI, *Esperienze straniere in tema de locazione finanziaria*, en *Il leasing. Prolifi privati e tributari*, Milán, 1975, pp. 211 ss.).

(64) DE CASTRO, *El negocio...*, p. 450.

(65) Sobre esta sentencia, véase nuestro comentario en este ANUARIO, 1980, fasc. III, pp. 759-785.

(66) GUTIÉRREZ VIGUERA, *El «leasing»...*, p. 94.

de opción de compra es puramente nominal o simbólico, se aplica la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles, de 17 de julio de 1965 («B. O. E.», de 21 de julio de 1965) (*leasing* de bienes muebles) o la normativa del Código civil sobre el contrato de compraventa (*leasing* de bienes inmuebles), con la consiguiente aplicación del régimen fiscal que determina esta calificación jurídica.

En el marco del *leasing* de bienes inmuebles, existe una peculiaridad importante: a diferencia de los bienes de equipo, los inmuebles están sujetos a una plusvalía continua. Coillot (67) lo ha explicado con notable claridad, diciendo que las construcciones industriales se realizan siempre cerca de las ciudades, reservas de mano de obra. Con los fenómenos modernos de crecimiento de la urbanización y de la demografía, las barriadas industriales tienden insensiblemente a desaparecer en provecho de nuevos islotes de habitación, para transformarse seguidamente en nuevas áreas muy alejadas del centro urbano. Esta constante mutación lleva consigo una plusvalía, lenta, pero firme, para el terreno industrial que se convierte así en terreno para la edificación. Por otra parte, conserva siempre, por lo menos, el valor que le confieren las posibilidades agrarias. El terreno industrial puede igualmente beneficiarse de factores nuevos, favoreciendo al que se implanta: instalación de vías de comunicación, autopistas, canales, desarrollo de puertos, que faciliten la llegada de materias primas y la salida de los productos terminados, inmigración masiva. La especulación sobre el valor del terreno está, pues, siempre presente en el ámbito inmobiliario, llevando consigo una especulación sobre el valor de las construcciones que se edifiquen sobre él. También hay que tener en cuenta que los inmuebles industriales y comerciales tienen normalmente una vida mucho más dilatada que la de un equipo industrial. Además, la especialización de los inmuebles industriales y comerciales es menos fuerte que la de los bienes de equipo. No juega de igual manera la innovación tecnológica, que es mucho más acusada en éstos.

Las circunstancias descritas motivan que el *leasing* de inmuebles presente importantes peculiaridades en relación con el *leasing* de muebles. A diferencia de lo que suele suceder en éste, en el *leasing* de inmuebles el valor residual del conjunto terreno-construcción suele ser superior al que éste tenía en el momento de la celebración del contrato. Por ello, Coillot (68) ha afirmado que el *leasing* de bienes muebles el uso aventaja a la propiedad, mientras que en el de bienes inmuebles la propiedad siempre vence al uso. Esto significa que la utilización prolongada de los bienes muebles (normalmente, bienes de equipo) por el usuario suele determinar que éstos dejen de tener prácticamente valor, debido a su rápido desgaste con el uso y la fuerte incidencia de las innovaciones tecnológicas. En cambio, la utilización prolongada de los bienes inmuebles no determina necesariamente su depreciación, ya que el terreno suele aumentar de valor con el paso del tiempo, como ya hemos apuntado.

(67) COILLOT, *Initiation...*, pp. 207-210.

(68) COILLOT, *Initiation...*, p. 245.

En el marco del *leasing* de inmuebles, estamos aún más claramente ante la venta que ante el arrendamiento con opción de compra, cuando el valor de los inmuebles es elevado en el momento en que el usuario puede ejercitar la opción de compra, y el precio fijado para el ejercicio de ésta es nominal o simbólico. No puede desconocerse que, en este caso, la sociedad de *leasing* acepta que el precio para el ejercicio de la opción de compra sea nominal o simbólico, porque el usuario ha debido pagarle unos pagos periódicos muy elevados, que cubren el valor económico real de los inmuebles y prácticamente la totalidad del beneficio económico que desea obtener la sociedad de *leasing* con este negocio.

2.º) Cuando la renta fijada en el momento de la celebración del contrato de *leasing* financiero, contemplado el supuesto de su prolongación al vencer el período irrevocable de arrendamiento, es insignificante. En este caso militan las razones apuntadas en el anterior para afirmar que estamos en presencia de una venta disfrazada (69).

3.º) Cuando el usuario adquiere automáticamente la propiedad de los bienes con el abono del último pago parcial. Nadie duda de que la causa de este negocio es idéntica a la de la venta a plazos.

III. EL CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES EN EL «LEASING» FINANCIERO

1. *El control de las condiciones generales de los contratos.*—Una vez que hemos precisado la naturaleza del *leasing* financiero, podemos examinar críticamente las cláusulas de las condiciones generales del *leasing* que plantean mayores problemas de licitud. Giovanoli se ha dado cuenta de esta circunstancia cuando dice que, con la tesis del arrendamiento, son insólitas e incomprensibles algunas de las cláusulas que aparecen en los contratos de *leasing* financiero. Estima que su tesis es útil para justificarlas; no se aprecia ninguna ilicitud en que el usuario soporte el conjunto de las cargas y los riesgos y la sociedad de *leasing* se exonere de todo tipo de responsabilidades, si se considera al *leasing* financiero como préstamo acompañado de venta en garantía (70). Su punto de vista no nos parece convincente, por diversas razones que vamos a exponer en este epígrafe.

Antes de examinar críticamente las cláusulas de condiciones generales de los contratos de *leasing* financiero que plantean más problemas (las que liberan a la sociedad de *leasing* de todo tipo de responsabilidades y determinan que el usuario soporte los riesgos y las cargas), consideramos imprescindible exponer brevemente nuestro punto de vista sobre el importante problema del control de las cláusulas de las condiciones generales de los contratos. La solución que adoptemos

(69) Así lo han señalado los autores y sentencias citados en la nota 54 de este estudio. Los Decretos alemanes de 19 de abril de 1971 y 23 de marzo de 1972 precisan que en este caso también el usuario es el propietario económico de los bienes a efectos fiscales.

(70) GIOVANOLI, *Le crédit-bail...*, p. 399.

será decisiva para el enjuiciamiento de las cláusulas que aparecen en las condiciones generales de los contratos de *leasing* financiero.

Un sector doctrinal se ha basado tan sólo en el puro derecho imperativo y en el orden público para enjuiciar las cláusulas de las condiciones generales de los contratos. En nuestra doctrina, García Amigo puede considerarse como el principal representante de esta opinión. Este autor (71) piensa que el Derecho dispositivo no ofrece remedio para impedir las injusticias y evitar los posibles abusos a que puede dar lugar la utilización de las condiciones generales en la contratación. Y no se diga —afirma— que la regulación emanada de la voluntad contractual puede ser en algún caso concreto inequitativa, o, si se quiere, lesiva de los intereses de una de las partes contratantes en beneficio de otra; evidentemente, puede ocurrir esto, pero no es menos evidente que con arreglo al ordenamiento positivo español la lesión —en cuanto figura técnico jurídica que puede dar lugar a la rescisión del contrato por falta de equidad de las prestaciones— no se admite en general, sino tan sólo en unos casos muy concretos y específicos, con carácter excepcional (artículo 1.293 del Código civil y 346 del Código de comercio).

Según García Amigo (70), la buena fe no puede operar como límite la validez de las cláusulas de las condiciones generales, porque en ninguno de los preceptos de nuestro ordenamiento jurídico privado se prevé la posibilidad de dar relevancia jurídica al principio de la buena fe para limitar por invalidez las cláusulas de las condiciones generales, que hayan sido objeto de un consentimiento contractual perfectamente formado desde el punto de vista estructural; ni, por consiguiente, puede aplicarse para limitar la validez de las condiciones generales del contrato cuando el consentimiento de las partes sea perfecto en el contrato de adhesión.

Carece de lógica, según este autor (73), tener en cuenta las buenas costumbres, al menos en nuestro ordenamiento jurídico. Son una barrera de la autonomía de la voluntad que se manifiesta en el momento de la eficacia normativa del negocio, no en el de su perfección o conclusión; no afecta tanto al acto de declaración de voluntad, cuanto al efecto normativo del mismo. El monopolio, por el contrario, de tener beligerancia respecto del contrato, manifiesta su relevancia precisamente en el momento y en el hecho de emitir la declaración de voluntad.

Para García Amigo, las normas de Derecho imperativo y el orden público económico, representado fundamentalmente por la Ley de represión de las prácticas restrictivas de la competencia, de 20 de julio de 1963, son los únicos medios de que se dispone para reprimir los abusos que pueden cometerse en la contratación a través de condiciones generales.

A nuestro juicio, se aprecia claramente que García Amigo no es-

(71) GARCÍA AMIGO, *Condiciones generales de los contratos (Civiles y Mercantiles)*, Madrid, 1969, p. 251.

(72) GARCÍA AMIGO, *Condiciones generales...*, p. 259.

(73) GARCÍA AMIGO, *Condiciones generales...*, p. 259.

tablece distinciones entre la contratación pura y simple y la contratación por medio de condiciones generales. No tiene en cuenta que no pueden examinarse de idéntica manera ambos tipos de contratación, pues los presupuestos de una y otra son diferentes. Se ha dicho que mediante tales condiciones se eliminan *a priori* los tratos previos entre las partes; una de éstas (el empresario) se ha atribuido el papel de predisponer o dictar, conforme a su interés y a su gusto, la regulación de los contratos; se independiza el establecimiento de las condiciones de la celebración del contrato concreto; las condiciones se imponen de tal modo inexorable que pueden calificarse de apéndice de la prestación (74). Una corriente, que parece ya dominante en la doctrina científica y jurisprudencial, condena por razones de Derecho que las condiciones generales se utilicen como medios para que una clase fortalezca su poder, mediante el despojo de garantías jurídicas, a quienes contratan con uno de sus privilegiados miembros (75).

Partiendo de este presupuesto, estimamos que, en el marco de las condiciones generales, deben examinarse con sumo cuidado todas las normas jurídicas que no se aplican, porque debe existir una «razón fundada» que justifique su inaplicación. El profesor De Castro, como vamos a ver ampliamente, ha explicado de manera amplia y convincente esta necesidad. La operatividad de la moral y las buenas costumbres, a pesar de que García Amigo piensa que debe negarse, es algo que no nos ofrece duda. Como dice Ripert (76) en su conocida monografía «*La regle morale dans les obligations civiles*», cuando el juez descubre que la forma jurídica del contrato ha sido empleada para el intercambio de bienes o servicios inmorales, o ha servido para la satisfacción de un deseo inmoral, no existe contrato que, a pesar de la habilidad técnica de su redacción o la apariencia de su regularidad, escape a su censura.

Cualquiera de las cláusulas de las condiciones generales que integran el contenido del contrato celebrado, cuando han sido aceptadas por el adherente, puede ser impugnada y declarada ineficaz si está en contradicción con las buenas costumbres; es decir, con el conjunto de convicciones o valores ético-sociales que imperan actualmente en nuestra comunidad. Este límite de la autonomía privada, reconocido por los

(74) DE CASTRO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1961, fasc. II, p. 297. En el Derecho alemán, la doctrina y la jurisprudencia ponen de relieve que los hechos demuestran que las condiciones generales no son la consecuencia de un acuerdo libremente estipulado por las partes equiparadas, como corresponde al sentido de la autonomía privada, sino que responden a una fijación unilateral. Por regla general, el cliente no tiene posibilidad alguna de influir en su contenido: únicamente le queda la elección de someterse a ellas o rehusar la conclusión del contrato. LARENZ (*Lehrbuch des Schuldrechts Allgemeiner Teil*, 12.ª ed., München, 1979, p. 73) señala que la jurisprudencia ha declarado hace mucho tiempo que las condiciones generales, aunque constituyan parte integrante del contenido del contrato, no pueden ser tratadas de igual manera que el contenido de una estipulación adoptada individualmente.

(75) DE CASTRO, *Las condiciones generales...*, p. 301.

(76) RIPERT, *La regle morale dans les obligations civiles*, París, 1949, páginas 41-42.

artículos 1.255 y 1.275 del Código civil, tendrá plena aplicación en relación con las cláusulas de las condiciones generales que tengan un marcado carácter inicuo o abusivo.

Tampoco podemos admitir que la buena fe no pueda operar como medio idóneo para reprimir las cláusulas abusivas de las condiciones generales. El autor citado no advierte las múltiples aplicaciones del principio de la buena fe en el marco de la relación obligatoria (77). Su noción de buena fe es excesivamente restringida. No tiene en cuenta a la buena fe en sentido objetivo, que es a la que se refiere la doctrina y la jurisprudencia cuando la utilizan como mecanismo de control de las condiciones generales de los contratos. Objetivamente considerada, apunta Díez-Picazo (78), la buena fe exige una conducta de la persona ajustada a un complejo de valoraciones de orden ético: es, como se ha dicho, la actitud adoptada por la persona dentro de una relación jurídica o dentro del tráfico jurídico, en cuanto revela la posición moral de la persona respecto a una situación (De Castro). En este sentido, la buena fe es una conducta social que es exigible conforme a un imperativo ético. Si considerada objetivamente la buena fe es un arquetipo de conducta social, hay también una norma jurídica que obliga a comportarse de acuerdo con ese modelo de conducta, pues no cabe duda de que un principio general del Derecho exige comportarse de buena fe. Como apunta el autor últimamente mencionado, la buena fe es un principio general del Derecho porque revela una de las más íntimas convicciones del modo de ser y existir de nuestra comunidad, porque deriva directamente de la ley natural, porque se halla vigorosamente anclada en los postulados de nuestra moral cristiana y porque ha tenido entre nosotros una tradicional vigencia (79).

Entendida de la manera descrita, es lógico que se acuda a la buena fe para reprimir las cláusulas de las condiciones generales que son claramente inicuas o abusivas. Este tipo de cláusulas denotan una conducta del predisponente totalmente contraria a un principio general del Derecho, el de la buena fe, que obliga a comportarse conforme al arquetipo de conducta social, que es exigible conforme a un imperativo ético. De esta conclusión ha de afirmarse la ineficacia de dichas cláusulas, pues no en vano el Título Preliminar del Código civil establece que los principios generales del Derecho informan a todo nuestro ordenamiento jurídico y tienen carácter normativo (art. 1-4) (79 bis).

(77) Un amplio examen de la cuestión puede encontrarse en LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts. Allgemeine Teil*. 12.ª ed., Münchén, 1979, pp. 105 ss. También, Díez-PICAZO, *Lecciones de Derecho Civil. Parte General*. Madrid, 1967, p. 270.

(78) Díez-PICAZO, *Lecciones de Derecho Civil. Parte General*, Madrid, 1967, página 269.

(79) Díez-PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, p. 139.

(79 bis) Al abordar la problemática de la contratación por adhesión, apuntan Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1979, p. 85) que la buena fe es otro límite de la eficacia de las cláusulas, que incluso puede llevar a la anulación de las que presupongan el nacimiento de derechos o liberación de responsabilidades en favor del empresario o predisponente incompatible con la misma.

García Amigo señala que puede ocurrir que la regulación emanada de la voluntad contractual sea inequitativa, o, si se quiere, lesiva de los intereses de una de las partes contratantes en beneficio de la otra; pero la rescisión por lesión no se admite con carácter general en nuestro Derecho, sino tan sólo en casos específicos, con carácter excepcional. Con esta sutil argumentación, parece que este autor quiere justificar las cláusulas inequitativas o lesivas para el adherente que aparezcan en las condiciones generales. Nuestro Derecho permite esto, según este autor, porque la rescisión por lesión tiene un carácter excepcional. A nuestro juicio, una cosa es que la rescisión por lesión sólo pueda invocarse en los casos establecidos por nuestro ordenamiento jurídico, como ha entendido nuestra doctrina en atención al texto del artículo 1.293 del Código civil (80), y otra muy distinta, que no existan medios en nuestro Derecho para reprimir las cláusulas inequitativas que pueden aparecer en las condiciones generales de los contratos. El hecho de que el contrato no pueda ser rescindido por lesión, porque no estemos en uno de los supuestos contemplados por el ordenamiento jurídico, no significa que no existan medios jurídicos en nuestro Derecho para combatir las cláusulas inicuas. En nuestra doctrina, los profesores De Castro y Clavería Gonsálvez se han referido a estos medios.

Por todo lo dicho, no podemos compartir la tesis de García Amigo y de los autores que piensan como él. Nos parece más acertada la corriente doctrinal, jurisprudencial y legal que, en el marco de la contratación mediante condiciones generales, trata de proteger a la parte más débil en el plano económico y social (los usuarios o consumidores). Nuestra Constitución se sitúa en esta línea, al disponer el artículo 51 lo siguiente: «Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca». En base a este artículo, A. Bercovitz (81) se ha referido al principio de protección de los consumidores, que, según el mismo, es un auténtico principio general del Derecho: «Como tal —escribe— no sólo ha de plasmarse en la promulgación de una nueva normativa legal, sino que ha de ser tenido en cuenta por los Tribunales y por los poderes públicos en general, para atribuirle las consecuencias que necesariamente derivan de su configuración como principio general de nuestro Derecho» (82). Todavía

(80) DE CASTRO, *El negocio...*, pp. 521-522; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, páginas 316-317.

(81) A. BERCOVITZ, *La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho mercantil*, en *Lecturas sobre la Constitución española*; coordinador FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1978, II, pp. 19 y 36.

(82) En el Derecho italiano se ha destacado la importancia de la Constitución para proteger a los usuarios o consumidores frente a las cláusulas

no se ha promulgado la tan solicitada Ley sobre Condiciones Generales; sin embargo, la incidencia del artículo 51 de la Constitución se hace visible en la reciente Ley del Contrato de Seguro, de 8 de octubre de 1980 («B. O. E.», de 17 de octubre de 1980), cuyo artículo 3 dispone: «Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito.

Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos por la Ley.

Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas».

Esta tendencia se manifiesta en la legislación de numerosos países, que protegen a los usuarios y consumidores frente a las cláusulas abusivas de las condiciones generales de los contratos. Nos remitimos a la completa exposición que el profesor De Castro hace en su estudio: «*El arbitraje y la nueva Lex mercatoria*», págs. 683-685 (83), y a Bianca, «*Le condizioni generali di contratto*» (84), donde se puede ver una amplia información sobre la tendencia al control de las condiciones generales en el Derecho comparado.

A nuestro juicio, como ya hemos apuntado, debe examinarse atentamente toda norma jurídica que no se aplica por señalarlo alguna cláusula de las condiciones generales, a fin de determinar si existe una «razón fundada» que justifique la inaplicación. Esta justificación no existirá cuando se sustituyen normas dispositivas por unas condiciones abusivas y, en general, cuando se alcanzan consecuencias que están en desacuerdo con los principios generales del Derecho. Como ha dicho recientemente De Castro (85), el Juez, cuando se trate de cumplir su alta función, no habrá de cerrar los ojos a la realidad de lo

de las condiciones generales, que son especialmente inicuas. Señala LIPARI (*Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza*, Bolonia, pp. 348-349) que puesta de relieve la inexistencia en el Código civil de mecanismos adecuados para tutelar al contratante débil, se hace necesario un replanteamiento del problema con base en la Constitución, con el fin de investigar la existencia de normas constitucionales dirigidas a garantizar la autonomía privada y su ámbito de actuación. Un amplio análisis de la cuestión ha sido realizado por COTURRI, *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milán, 1970, pp. 176-184.

(83) DE CASTRO, *El arbitraje y la nueva Lex Mercatoria*, en este ANUARIO, fascículo IV, 1979, pp. 683-685.

(84) BIANCA, *Le condizioni generali di contratto*, II, Milano, 1981.

(85) DE CASTRO, *El arbitraje...*, p. 682.

pactado y convertirse en cómplice o colaborador del empresario o grupos de empresarios que abusan de su prepotencia social o económica.

En un amplio estudio publicado en este ANUARIO (86), el autor que acabamos de citar, señaló, en una tesis que compartimos plenamente, que en nuestro Derecho vigente las condiciones generales podrán ser impugnadas, en cuanto lo sean, como contrarias a la buena fe y a las buenas costumbres o por constituir un abuso de derecho; pero el defecto que resulta más frecuente y más fácil de diagnosticar será el que resulta de contener, oculta o abiertamente, la renuncia a ciertas leyes. Señala De Castro (87) que la plena eficacia de estas normas (se refiere a los artículos 1.255 y 4 del Código civil) respecto a las condiciones generales ha encontrado un impedimento difícil de apartar, más que por su gravedad intrínseca, por tratarse de uno de esos tópicos dogmáticos que aceptamos todos sin pararnos a reflexionar... Un plurius in minus de simplificación, estableciendo escalones claramente delimitados para la regulación de los negocios jurídicos (Derecho imperativo, voluntad, Derecho dispositivo), nacido probablemente de preocupaciones didácticas, lleva a identificar Derecho dispositivo con normas de mera eficacia supletoria. Esto, y los prejuicios del antiguo liberalismo, hacen considerar excepcional el Derecho imperativo, inapto para la interpretación extensiva y analógica; mientras que el Derecho dispositivo se entiende que recoge la regulación presumiblemente querida por las partes y que, por tanto, puede ser barrido «in toto» por la voluntad de los contratantes. Autores alemanes (88) han sido también los que mejor han reaccionado contra esta estrecha y simplista concepción del Derecho dispositivo. Han vuelto a descubrir que las normas que regulan los contratos, y cada tipo de contrato, no son dadas para auxilio de descuidados o desmemoriados, sino que manifiestan la regulación normal y que, por tanto, tienen un cierto carácter imperativo; son preceptos en los que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes, tienen una «función ordenadora», por lo que no pueden ser desplazados sin una razón suficiente. Añade De Castro que cabe distinguir diversos tipos de normas en virtud de su mayor o menor derogabilidad por los particulares. Existen normas imperativas no sólo sobre la perfección del contrato, sino también, y más de las que generalmente se indican, respecto al contenido de los contratos. Hay, de otro lado, preceptos de carácter secundario, de mero significado supletorio, para los que la ley señala abiertamente la posibilidad de ser desplazados por el pacto; en todos los que, por no derivar de la naturaleza del contrato, se puede permitir la renuncia a los beneficios legales, como así se dice expresamente en algún caso (p. e., art. 1.477).

(86) DE CASTRO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, en este ANUARIO, 1961, fasc. II, pp. 295 ss.

(87) DE CASTRO, *Las condiciones generales...*, p. 333.

(88) Amplia referencia en DE CASTRO, *Las condiciones generales...*, nota 148; también en ULMER-BRANDNER-HENSEN, *AGB Kommentar*, Köln, 1977, p. 172.

Entre uno y otro tipo de reglas están aquellas otras, menos definidas, en las que no se manifiesta externamente su carácter. Conviene distinguir, para mayor claridad, las siguientes clases de normas:

1. Dentro de las que se refieren a la sustancia misma de los contratos hay unas, a) que se derivan de la naturaleza misma de los contratos onerosos y conmutativos, y otras, b) que resultan de la propia condición de cada tipo de contrato.

a) Se nos ha dicho: «La libertad de pactos reconocida en nuestra legislación lleva también en ésta límites infranqueables; las leyes, la moral y el orden público (artículo 1.255 C. c.). Pensamiento que se ha completado agregando: que la contratación tiene «un marco muy preciso en los principios generales del Derecho; ese marco es la justicia, de que es expresión el Derecho; la justicia conmutativa, que es la que debe informar las relaciones contractuales». La misma ley señala la importancia decisiva de la reciprocidad de las prestaciones e intereses como fundamento de los contratos onerosos (arts. 1.274, 1.289) y excluye la validez de los pactos en que su cumplimiento se deja al arbitrio de uno de los contratantes (arts. 1.256, 1.449, 1.115).

b) En cada tipo de contrato quedan también fuera del arbitrio de las partes aquellas obligaciones y facultades que constituyen su esencia, como, por ejemplo, la de la entrega de la cosa vendida y la del pago del precio, en el contrato de compraventa (art. 1.445).

2. Las facultades u obligaciones que, aún no esenciales, derivan de la naturaleza de cada tipo de contrato que tienen una peculiar relevancia, indicada ya por las referencias que a la naturaleza del contrato hace el Código. La que impide que puedan considerarse como reglas meramente supletorias aquellas en las que se establecen. La dirección doctrinal alemana últimamente referida, afirma que el pacto o cláusula que se aparte del tipo legal y por el que se abandone alguna facultad u obligación, para que sea válido, habrá de estar justificado por alguna razón concluyente, estar su renuncia especialmente justificada o compensada. En el Derecho español está permitida la modificación de los tipos contractuales, su exclusión de esta o aquella obligación propia del contrato, su aligeramiento o agravación; pero el abandono de facultades, acciones o excepciones sin justificación alguna, sin reciprocidad, contraprestación o especialidad del contrato (p. ej., venta a riesgos y ventura, rebaja de precio, de saldo, etc.) no es eficaz en cuanto implica una renuncia de la ley.

Aplicando estas ideas a nuestra cuestión, afirma De Castro (89), puede concluirse que las cláusulas de exoneración pueden ser impugnadas por varios motivos; cuando el resultado a que se llegue choque gravemente con los principios de la justicia conmutativa o con la buena fe (resolviendo según aconseje la justicia y la equidad en el caso concreto); cuando se deje prácticamente al arbitrio de una de las partes el cumplimiento de la prestación principal, y en el caso de que uno de los contratantes se desprenda simplemente de las acciones o excepciones

(89) DE CASTRO, *Las condiciones generales...*, p. 335.

que le corresponden. En todos estos supuestos va implícita una renuncia no permitida a la ley y, por tanto, será nula la cláusula que la contenga.

La tesis del profesor De Castro ha sido aceptada recientemente por Clavería Gonsálvez (90). Afirma este autor que el dogma jurídico liberal del carácter dispositivo de la inmensa mayoría de las normas que componen el Derecho privado y de la derogabilidad, por los particulares, en el ejercicio de la autonomía privada, de todo el Derecho dispositivo, ha sido superado en los últimos años por el hecho de la creciente abundancia de las normas jurídico-privadas imperativas y por las restricciones que pueden y deben darse a la libre derogación del Derecho dispositivo, siendo expresivo ejemplo de esto último el tenor del reciente texto contenido en el nuevo artículo 6, número 2, de nuestro Código civil, según el cual «... la exclusión voluntaria de la ley aplicable a la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros». Repárese en que sólo cabe hablar de «exclusión voluntaria de la ley aplicable» en el caso de la ley dispositiva y que incluso dicha exclusión se nos presenta, en cierto modo, como excepcional («sólo será válida —reza el precepto—»), entendiéndose implícitamente que cualquier exclusión de un precepto de Derecho dispositivo puede, en principio, dañar el orden o el interés público o perjudicar a tercero.

Clavería Gonsálvez (91) destaca la importancia de los principios generales del Derecho como fuente jurídica protectora del adherente. La afirmación de De Castro de que el Derecho dispositivo, al ser el resultado de una cuidadosa, neutral y equitativa ponderación de intereses, puede desempeñar una importante función ordenadora, le ha sugerido la idea de que es perfectamente posible extraer principios generales del Derecho de los preceptos legales dispositivos, principios generales, que, según el artículo 1 —números 1 y 4— de nuestro Código civil, son fuente del Derecho, no cabiendo dudar de su aplicación directa y de su carácter de *ius cogens*.

Nos parece muy acertada la invocación de los principios generales del Derecho para proteger al adherente frente a las condiciones abusivas; sin embargo, no nos parece exacta la asimilación de los principios generales del Derecho a los obtenidos mediante sucesivas abstracciones de normas singulares del ordenamiento jurídico. Apuntan De Castro (92) y Díez-Picazo (93) que no pueden confundirse los principios generales del Derecho con formulaciones que son meras abstracciones lógicas o enunciaciones de carácter científico. En puridad, se nos ha

(90) CLAVERÍA GONSÁLVEZ, *La predisposición del contenido contractual*, en la Revista de Derecho Privado, 1979, julio-agosto, p. 682.

(91) CLAVERÍA GONSÁLVEZ, *La predisposición...*, pp. 682-683.

(92) DE CASTRO, *Derecho Civil de España. Parte General*, I, Madrid, 1955 páginas 457-458.

(93) DÍEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, Barcelona, 1973, p. 206.

dicho (94), los principios generales del Derecho son las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la Nación. Son, agrega De Castro, la base en que descansa la organización jurídica; la parte permanente del Derecho y también la cambiante y mudable que determina la evolución jurídica.

La técnica consistente en acudir al Derecho dispositivo para obtener la protección del contratante más débil en el supuesto de contratación mediante condiciones generales, ha sido ampliamente admitida en el Derecho comparado. En Alemania Federal, ha sido consagrada por la *Gesetz zur Relegung des Rechts des Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)*, que entró en vigor el 1 de abril de 1977. El párrafo 9 de esta disposición establece: «Cláusula general. I. Las estipulaciones contenidas en condiciones generales de negocio son ineficaces cuando perjudican al adherente de forma no equitativa, habida cuenta de los preceptos de la buena fe objetiva. II. En la duda se presume la existencia de perjuicio, cuando la cláusula 1 no es compatible con el principio inspirador de la regulación legal, del cual se aparta (95) o, 2, limita de tal forma los derechos y deberes derivados de la naturaleza del contrato que se pone en peligro la consecución de la finalidad del mismo» (96).

Esta cláusula general destaca tanto la importancia del principio de la buena fe como la posibilidad de que los Tribunales declaren la ineficacia de las cláusulas —contenidas en condiciones generales— que perjudiquen al adherente y sean incompatibles con el principio inspirador de la regulación legal. Estos principios inspiradores deberán ser investigados mediante el estudio atento del Derecho positivo, tanto el compuesto por normas de Derecho imperativo como el integrado por preceptos de carácter dispositivo. Ulmer (97) afirma que no toda divergencia con el Derecho dispositivo debe ser desaprobada. El fundamento de la desaprobación reside más bien en la disconformidad de la cláusula con un principio esencial de la regulación legal (98).

En el Derecho italiano, numerosos autores, que tienen en cuenta las opiniones de Reiser, Nipperdey, Rehbinder y otros autores alemanes, destacan la importancia del derecho dispositivo y del principio de la buena fe para proteger al contratante más débil (el adherente) en la contratación mediante condiciones generales. Di Majo Gianquina-

(94) DE CASTRO, *Derecho Civil de España, Parte General*, I, Madrid, 1955. página 464.

(95) Como hemos visto, CLAVERÍA GONSÁLVEZ intenta aplicar esta solución en nuestro Derecho, acudiendo a los principios generales del Derecho, que se extraen de los singulares preceptos legales.

(96) Sobre la interpretación de esta norma de la *AGB-Gesetz*, pueden consultarse los trabajos de ULMER, BRANDNER y HENSEN, *AGB Kommentar*, Köln, 1977; HEINRICH'S, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 39 ed., München, 1980, páginas 2238 ss., con amplia referencia doctrinal y jurisprudencial (sobre todo, en la página 2226).

(97) ULMER, en colaboración con BRANDNER y HENSEN, *AGB Kommentar...*, página 172.

(98) Hay que tener en cuenta que la fuerza jurídica de las normas de Derecho dispositivo no es siempre la misma, pues depende, en cada caso, del diferente grado de justicia y protección que contengan (ULMER, *op. cit. ant.*).

to (99) señala que debe tenerse en cuenta el principio de la buena fe para decidir si una determinada modificación del Derecho dispositivo es o no «exigible» al adherente. La valoración de la buena fe, por su propia naturaleza, admite una particular apreciación del caso concreto y de esta manera permite determinar si una determinada modificación (del Derecho dispositivo) está justificada.

Buonocore (100) y De Nova (101) señalan que es necesario confrontar las cláusulas de las condiciones generales con el tipo normativo al cual se reconduce el negocio celebrado, para determinar si tienen o no carácter vejatorio. La validez de la cláusula derogatoria se condiciona a la existencia de una razón fundada. De esta manera, destacan que la disciplina legal aplicable (que deriva de la naturaleza del negocio celebrado) servirá no sólo para integrar las lagunas, sino, sobre todo, para controlar la licitud de las cláusulas de las condiciones generales. Estos autores aplican el citado mecanismo de control al *leasing* financiero.

Para concluir este epígrafe, debemos señalar que los principios generales del Derecho son una importante fuente protectora de los adherentes. Hace bastantes años que se viene invocando el principio de la buena fe para combatir las cláusulas injustificadamente lesivas que pueden aparecer en las condiciones generales de los contratos. En el Derecho alemán, como hemos visto, la *AGB-Gesetz* se refiere en el parágrafo 9 (Cláusula general) a la buena fe, que actúa como criterio básico para determinar el carácter equitativo o no equitativo del perjuicio que se causa al adherente con las estipulaciones contenidas en las condiciones generales. Larenz (102), que cita en idéntico sentido a Ulmer y Heinrichs, entiende que la contravención de la buena fe (*Treu und Glauben*), a la que se refiere el citado parágrafo, tiene lugar cuando se perturba considerablemente la relación de equivalencia (*Äquivalenzverhältnis*) por las condiciones impuestas por el predisponente a la otra parte. Se consagra legalmente la solución defendida por numerosos autores y Tribunales alemanes (103).

En nuestro Derecho, aunque carecemos todavía de una disposición legal semejante a la *AGB-Gesetz* (104), podemos llegar a consecuencias parecidas. Hay que tener en cuenta que, como puntualiza De Castro (105), la concepción de los redactores del Código civil se funda en la equidad y la buena fe. En el comentario al artículo 978 del

(99) DI MAJO GIAQUINO, *Condizioni generali di contratto e tutela del contratto debole*, en *Atti della tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di Diritto privato dell'Università di Catania*, 17-18 mayo 1969, Milán, 1970, pp. 77-78.

(100) BUONOCORE, *La locazione finanziaria nell'ordinamento italiano*, en *Il leasing. Prolifi privatistici e tributaria*, Milán, 1975, pp. 88 ss.

(101) DE NOVA, *Contratto di leasing e controllo delle condizioni generali di contratto*, en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1973, II, pp. 339-340.

(102) LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München, 1980, 5.ª ed., p. 521.

(103) Referencia en DE CASTRO, *Las condiciones generales...*, nota 94.

(104) Existe un anteproyecto de ley sobre condiciones generales.

(105) DE CASTRO, *Las condiciones generales...*, p. 335, nota 151.

Proyecto de 1851 (106), señala García Goyena que la equidad y la buena fe son el alma de los contratos. La equidad es la justicia natural, la base y complemento de la justicia civil o escrita: *legis scriptae aequamentum vel non scriptae supplementum*; por eso deben ser consideradas en todo y principalmente en el Derecho. En nuestro Derecho vigente, el artículo 1-4 del Título Preliminar del Código civil dispone que «los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico». El carácter informador de los principios generales del Derecho determina que son algo más que una fuente supletoria de la ley y de la costumbre. Como ha escrito De Castro (107), están fuera de la estricta subordinación jerárquica de las fuentes, ya que han de ser tenidos en cuenta antes, en y después de la ley y de la costumbre. El juez tiene el deber de aplicar los principios escritos o no escritos que inspiran la total organización del Estado; son los que señalan los caracteres que la ley o la costumbre han de tener para ser válidos, los que imponen que la costumbre haya de ser racional y que la ley sea conforme al Derecho natural; los que, por su carácter informador general, indicarán cómo una y otra han de ser entendidas.

Entre los principios generales del Derecho tiene especial relieve en el ámbito de la contratación el de la buena fe, como hemos señalado al analizar críticamente la opinión de García Amigo. Debe ser empleado como criterio para determinar el carácter justificado o injustificado de las cláusulas que aparecen en las condiciones generales de los contratos. Nótese que actúa como principio de moralización de las relaciones económicas (cfr. arts. 7-1 y 1.258 del Código civil y 57 del Código de comercio). Cualquier cláusula de las condiciones generales, que forme parte integrante del contrato por la aceptación del adherente, será ineficaz si es contraria al principio de la buena fe.

También tiene un notable interés en materia de control de las cláusulas de las condiciones generales de los contratos, el principio de la conmutatividad, que impone la justicia distributiva en el tráfico jurídico. De acuerdo con este principio, que forma parte integrante de nuestro orden público económico (108), en el intercambio de bienes y servicios debe guardarse el mayor equilibrio posible. Esto se traduce en la consecución del equilibrio de las prestaciones. Nuestro Código civil, en el artículo 1.289, aplica esta regla como criterio interpretativo. Si el contrato fuese oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Es indudable que las cláusulas de las condiciones generales que impliquen una desproporción injustificadamente lesiva para el adherente, pugnan con este principio general del Derecho.

Es digno de tenerse en cuenta que el artículo 3-2 del Título Preliminar del Código civil establece que la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribu-

(106) GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, vol 3.º, pp. 9-10.

(107) DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, I, p. 379 y nota 3.

(108) En este sentido, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, p. 45.

nales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita. De la lectura de este precepto se infiere que el Tribunal no puede resolver el litigio, basándose exclusivamente en la equidad; pero sí debe tenerse en cuenta para resolverlo si concurren además de la equidad otros argumentos jurídicos que justifiquen una determinada solución. Esto es lógico por el engarce que existe entre la equidad y los principios generales del Derecho. Se nos ha dicho que la equidad no es más que una manifestación del mecanismo funcional de los principios generales (109). Por consiguiente, debe comprobarse si las cláusulas de las condiciones generales están o no en armonía con la equidad.

El artículo 7-2 del Título Preliminar del Código civil afirma que la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Es abusivo y antisocial el imponer condiciones injustificadamente lesivas para el adherente. Ha dicho el profesor De Castro (110) que los efectos perniciosos de las condiciones generales de los contratos trascienden del daño que puedan inferir al particular, ya que desprestigian las leyes y hasta resultan perturbadoras para la economía nacional.

Es sencillo comprender que las cláusulas inicuas o abusivas están en contra de las buenas costumbres, de acuerdo con lo que hemos afirmado al comentar críticamente el parecer de García Amigo. La aplicación del artículo 1.255 del Código civil es indudable en tales casos.

En relación con el orden público, se ha destacado que la Ley de 20 de julio de 1963 (B.O.E., de 23 de julio), de represión de prácticas restrictivas de la competencia, forma parte del orden público económico y puede ser un instrumento útil para declarar la nulidad de determinadas cláusulas abusivas. Así lo ha señalado García Amigo (111), cuyo punto de vista es aceptado por Clavería Gonsálvez (112). Esta Ley prohíbe determinadas conductas que pueden atentar contra la libre competencia; entre los preceptos que dicha ley contiene, merece ser destacado, como módulo indicador de lo que el orden público económico exige en el campo de las condiciones generales de la contratación (y en otros relativos a la protección de los consumidores y usuarios), el comprendido en su artículo 2, en cuya virtud «... quedan prohibidas aquellas prácticas abusivas mediante las cuales, una o varias empresas, explotan su posición de dominio en la totalidad o en parte del mercado, de manera injustificadamente lesiva para la economía nacional, los intereses de los consumidores o la actuación de los restantes competidores».

La Ley de 20 de julio de 1963 no sólo combate, mediante el establecimiento expreso de la nulidad, los actos y las conductas que persiguen la creación de monopolios (artículo 1), sino también las

(109) DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, I, p. 472.

(110) DE CASTRO, *Las condiciones generales...*, p. 270.

(111) GARCÍA AMIGO, *Las condiciones generales...*, p. 270.

(112) CLAVERÍA GONSÁLVEZ, *La predisposición...*, p. 680.

consecuencias de éstos, lo que constituye otro modo de atacar las causas, ya que disuade a quien pretenda atentar contra la libre concurrencia.

En síntesis, los Tribunales «... a la altura de la época y aprovechando las ideas vigentes y contenidas en nuestra ley antimonopolio... pueden... llegar a declarar la nulidad de las cláusulas contenidas en las condiciones generales de los contratos, cuando éstas sean impuestas abusivamente en virtud de una posición monopolística de hecho o dominante en el mercado, y sean injustificadamente lesivas para los adherentes a las mismas».

2. *Importancia de la cuestión en el «leasing» financiero. Referencia a las cláusulas que se analizan en este estudio.*—El análisis crítico de las cláusulas que figuran en las condiciones generales de los contratos de *leasing* financiero, ha sido realizado de una manera somera por nuestra doctrina. La mayor parte de los autores se limitan a reproducir las cláusulas más típicas, sin plantearse problemas de licitud o de otro orden. No obstante, el control de estas cláusulas es imprescindible, porque algunas de ellas son de dudosa licitud. Esto es tan evidente que Garrigues y Sánchez Calero (113) echan en falta una normativa para proteger a los cesionarios (usuarios) frente a las posibles condiciones abusivas impuestas por las sociedades de *leasing*. Sin embargo, pensamos que la promulgación de una ley especial sobre condiciones generales de los negocios, similar a la *AGB-Gesetz*, cumpliría perfectamente este cometido. No es tan necesario establecer una normativa específica sobre el *leasing* financiero, que sirva para reprimir las condiciones abusivas impuestas por las sociedades de *leasing*, como una ley especial que declare la ineficacia de cualquier tipo de cláusula abusiva que aparezca en las condiciones generales de un contrato (114). En esta tarea, conviene actuar con la lentitud y la prudencia que es siempre necesaria para determinar la oportunidad y el contenido de una reforma legislativa (115). La elaboración de la *AGB-Gesetz* es un ejemplo de cómo debe elaborarse una ley de tan enorme importancia. Apunta De Castro (116) que fue el resultado de una cuidadosa elaboración. En 1972 se crea un grupo de trabajo con representantes de la Universidad, de la Judicatura, economistas, consumidores y de funcionarios de Justicia y Economía. En base a los Informes de 1974 y 1975 se redacta el Proyecto. Aprobado por el *Bundestag* el 11 de noviembre de 1976, entra en vigor en 1 de marzo de 1977.

Vamos a circunscribir nuestro análisis crítico a cuatro cláusulas de las condiciones generales del *leasing* financiero, que son seguramente las que plantean mayores problemas de licitud. Sobre ellas, se ha

(113) GARRIGUES-SÁNCHEZ CALERO, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, Madrid, 1980, p. 98; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 1980, p. 416.

(114) En este sentido, CLAVERÍA GONSÁLVIZ, *La predisposición...*, p. 685.

(115) Así lo ha señalado DE CASTRO, *Las condiciones generales...*, p. 340.

(116) DE CASTRO, *El arbitraje...*, p. 684.

planteado fundamentalmente el debate doctrinal y jurisprudencial, sobre todo en Alemania Federal y Francia, que son los países de Europa continental donde el *leasing* financiero ha alcanzado un mayor desarrollo. Nos vamos a referir a las cláusulas que exoneran de responsabilidades a la sociedades de *leasing* y determinan que el usuario soporte el conjunto de los riesgos; igualmente vamos a ocuparnos de la cláusula que determina que la falta puntual de alguna mensualidad justifica la resolución del contrato de *leasing* financiero, la devolución de los bienes y el pago inmediato de una parte importante de las mensualidades no vencidas.

En un análisis crítico de las cláusulas referidas, hemos considerado conveniente exponer tanto las opiniones de los autores y Tribunales extranjeros (alemanes, franceses e italianos, fundamentalmente) como españoles. Particular atención nos han merecido las opiniones de Giovanoli, que ha estudiado con detenimiento esta importante cuestión jurídica.

Martín Oviedo (117) se refiere al trabajo realizado por De la Cuesta Rute (118), diciendo que es una monografía construida «*cum ira*»: las afirmaciones adoptan un tono defensivo (¿contra qué?), ya un no menos preocupante tono ofensivo y vindicativo, cuyo por qué no deja de saltar a nuestra vista por mucho que en el artículo comentado quede sin respuesta.

Ante la posibilidad de que también se nos califique de esta manera, queremos destacar que no hemos realizado este trabajo con ira contra las sociedades de *leasing*; sino que intentamos simplemente analizar algunas cláusulas que, a numerosos autores y Tribunales, han parecido de dudosa licitud.

3. *La sociedad de «leasing» no es responsable cuando el usuario no tiene a su disposición los bienes en la fecha y lugar convenidos* (119).

A) *La tesis de Giovanoli*.—Según este autor (120), a diferencia de las obligaciones del usuario, las de la sociedad de *leasing* son puras obligaciones de abstención. Por ello, la sociedad de *leasing* no está obligada a entregar los bienes y, consecuentemente, está exonerada de toda responsabilidad. La ausencia de toda obligación de la sociedad de *leasing* está plenamente justificada si se entiende que el *leasing* financiero es un préstamo acompañado de una venta en garantía. Si la sociedad de *leasing* ha aceptado limitar el ejercicio de sus prerrogativas de propietario, ha sido en contrapartida a la exoneración de todo tipo de responsabilidades que se relacionen con los bienes.

B) *Derecho alemán*.—Una tesis semejante a la de Giovanoli, aunque partiendo de la naturaleza arrendaticia del *leasing* financiero,

(117) MARTÍN OVIEDO, *El leasing...*, pp. 201-202.

(118) DE LA CUESTA RUTE, *Reflexiones en torno al leasing*, en la *Revista de Derecho Mercantil*, 1970, pp. 533-619.

(119) MARTÍN OVIEDO (*El leasing...*, pp. 157, 166 y 175) expone las condiciones generales de las principales sociedades de *leasing* españolas.

(120) GIOVANOLI, *Le crédit-bail...*, pp. 399-400.

es defendida por algún autor alemán. Flume (121) entiende que la sociedad de *leasing* ha adquirido los bienes financiados por la demanda del usuario y de acuerdo con las instrucciones que éste le ha dado. Con anterioridad a la celebración del contrato de *leasing* financiero, el usuario ha negociado con el suministrador las condiciones de la adquisición de los bienes. Por ello, es lógico que la sociedad de *leasing* esté exonerada de toda responsabilidad en lo relativo a la entrega de los bienes por el suministrador al usuario, aunque sea la propietaria de éstos. Hay que tener en cuenta también que el usuario se subroga en la posición jurídica de la sociedad de *leasing* para dirigirse contra el suministrador de los bienes, y exigirle la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

En contra de la opinión señalada, se puede citar la sentencia del *Oberlandesgericht* de Bamberg, de 14 de enero de 1972 (122), que se muestra contraria a la validez de las cláusulas que imponen al usuario cargas y riesgos y exoneran a la sociedad de *leasing* de toda responsabilidad, porque no se acomodan a las exigencias de las buenas costumbres (parágrafo 138 del BGB) y son indiscriminadamente lesivas para el usuario.

Con posterioridad a la publicación de la *AGB-Gesetz*, se ha considerado aplicable el parágrafo 11, 8 al *leasing* financiero (123). A tenor de esta norma, es ineficaz la cláusula de las condiciones generales del negocio que en los casos de mora e imposibilidad de la prestación imputable al predisponente, excluye o limita el derecho del adherente a exigir la indemnización de daños, o excluye o limita el derecho del adherente a resolver el contrato.

C) *Derecho francés*.—En la doctrina científica, Coillot (124) pone de relieve que la sociedad de *leasing* se exonera de toda responsabilidad. Especialmente, siempre que se conviene de modo expreso que, en caso de retraso por culpa del suministrador, ya sea en la construcción o en la instalación del material, el usuario no podrá ejercer ningún recurso contra la sociedad de *leasing*. Así, no podrá reclamar reparación alguna por el perjuicio causado por el retraso en la puesta a disposición del material, ni negarse, por este motivo, a cumplir sus compromisos, especialmente el pago de las mensualidades.

Según Coillot, la sociedad de *leasing* nunca ha tenido entre sus manos los bienes. Estos son contruidos o almacenados por el suministrador. Es natural que las partes arreglen convencionalmente todo lo relativo a la obligación de entrega.

(121) FLUME, *Das Rechtsverhältnis des Leasing in zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht*, Düsseldorf, 1972, pp. 30 ss.; también en *Der Betrieb*, 1972, pp. 53-56.

(122) En *Neue Juristische Wochenschrift*, 1972, pp. 1993-1995.

(123) Cfr., HEINRICHS, en PALANDY, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 39 ed., München, 1980, anotación al parágrafo 11,8 de la *AGB-Gesetz*, p. 2251. Este autor cita a EBENROTH, *Inhaltliche Schranken in Leasing-Formularverträgen auf Grund des AGB-Gesetz*, en *Der Betrieb*, 1978, p. 2112.

(124) COILLOT, *Initiation...*, pp. 156-158.

Para Leloup (125), el artículo 1.719 del Código civil francés (el arrendador está obligado, por la naturaleza del contrato, y sin que sea necesaria ninguna estipulación particular, a entregar al arrendatario la cosa arrendada...) no es una norma de orden público y, por tanto, no se aplica en presencia de una cláusula expresa e inequívoca de las partes.

La Cámara Nacional de Consejeros Financieros (126) justifica cualquier derogación convencional del Derecho común del contrato de arrendamiento, señalando que la sociedad de *leasing* actúa como mandatario del usuario cuando se relaciona con el suministrador de los bienes. Por consiguiente, es lógico que esté exonerada de todo tipo de responsabilidades.

Frente a esta doctrina dominante, es interesante destacar que la Sentencia de la Corte de Apelación de París, de 8 de enero de 1973 (127), admite la resolución del contrato de *leasing* financiero por falta de entrega de los bienes al usuario.

Algunos autores afirman que el suministrador actúa por cuenta de la sociedad de *leasing* cuando procede a la entrega de los bienes al usuario, por lo que la sociedad de *leasing* es siempre responsable frente al usuario de la buena ejecución de entrega (128).

En contra de la argumentación de la Cámara Nacional de Consejeros Financieros, Champaud (129) señala que es dudoso que la elección de la cosa por el usuario sea derogatoria del Derecho común. Además, no se comprende cómo el papel de mandatario desempeñado por el arrendador (la sociedad de *leasing*) puede exonerarle de ciertas responsabilidades.

D) *Derecho español*.—En nuestra doctrina científica, Vidal Blanco (130) entiende que la cláusula de exoneración de responsabilidad de la sociedad de *leasing* puede pactarse al amparo del artículo 1.255 del Código civil. El usuario no podrá pretender por esta causa disminución alguna del precio arrendaticio, ni solicitar aplazamientos en los pagos por la no utilización transitoria del material debido a la causa que sea. Esto se justifica por la «cláusula de subrogación» del usuario en la posición de la sociedad de *leasing* para dirigirse contra el suministrador de los bienes.

Martín Oviedo (131) considera lícita la exoneración de responsabilidad de la sociedad de *leasing* en todo lo concerniente a la obligación de entrega de los bienes al usuario. Esta cláusula de exoneración significa una derogación de las normas generales en materia de arrendamiento, pero su derogación por pacto expreso entre las partes está

(125) LELOUP, *Note sous La Rochelle*, 26 juin 1964, en *Juris Classeur Périodique*, 1965, II, 14331 bis.

(126) Cámara Nacional de Consejeros Financieros, *Le leasing...*, p. 13.

(127) En *Juris Classeur Périodique*, 1973, II, 17503, con nota de BEY.

(128) Referencia en COILLOT, *Initiation...*, p. 156.

(129) CHAMPAUD, *Le leasing*, en *Juris Classeur Périodique*, 1965, I, 1974, n. 29.

(130) VIDAL BLANCO, *El leasing...*, pp. 98-99.

(131) MARTÍN OVIEDO, *El leasing...*, p. 52.

admitida por el principio de la libertad de pactos (art. 1.255). La renuncia a la acción del usuario contra la sociedad de *leasing* tiene su justificación en el artículo 4, 2 del Código civil (el vigente, 6, 2 del Código civil).

Según López Iranzo (132), la citada cláusula es congruente con las distintas vocaciones, financiera y técnica, de las partes. Ello supone una derogación de las normas generales en materia de arrendamiento, efectuada al amparo de la libertad de pactos. Para el usuario lo único que se produce es un cambio de «deudor» en la obligación de entrega y garantía del material. El contenido de estas acciones, por vía de subrogación, es similar al de las que le hubieran correspondido al arrendatario (el usuario) directamente contra el arrendador (la sociedad de *leasing*) en el ámbito del arrendamiento (el contrato de *leasing*). En definitiva, la exoneración de responsabilidad de la sociedad de *leasing* no es sino consecuencia de una especie de «compensación» entre una posición acreedora de responsabilidad frente al vendedor y otra deudora frente al arrendatario (el usuario) en relación a la entrega y garantía de un mismo material y en la medida, claro está, que las reglas específicas de los contratos de venta y alquiler lo permiten.

Finalmente, Sagrera y Martorell (133) piensan que estas exclusiones de responsabilidad por parte de la sociedad de *leasing* tienen su origen precisamente en que si la sociedad de *leasing* ha llegado a ser propietaria de los bienes que se arriendan, ha sido «a petición» y en interés del usuario.

E) *Opinión personal.*—En primer lugar, debemos decir que está fuera de toda duda que es inválida la cláusula de exoneración de responsabilidad de la sociedad de *leasing*, si el suministrador no entrega los bienes en la fecha y condiciones convenidas por dolo o culpa grave de la sociedad de *leasing*. Lo mismo sucede si el suministrador entrega al usuario unos bienes que no se ajustan a los solicitados por éste, porque la sociedad de *leasing* ha actuado negligentemente en el cumplimiento del mandato (134). La exoneración de responsabilidad de la sociedad de *leasing* no puede prosperar por imperario del artículo 1.102 del Código civil, y por la asimilación, a estos efectos, de la culpa grave al dolo, de acuerdo con la doctrina dominante

Estimamos que el orden público y las buenas costumbres exigen que la responsabilidad derivada de la culpa grave esté sustraída a la liber-

(132) LÓPEZ IRANZO, *Estudio jurídico...*, p. 313.

(133) SAGRERA y MARTORELL, *Hacia un mayor conocimiento del contrato de leasing...*, p. 564.

(134) La sociedad de *leasing* incurre en responsabilidad si no ha seguido los deseos e instrucciones del usuario cuando ha comprado los bienes al suministrador. Téngase en cuenta que actúa por cuenta o encargo del usuario cuando se relaciona con éste, por lo que su actividad encaja perfectamente en la definición legal del mandato (artículo 1.709 del Código civil). Existe, en consecuencia, una negligente ejecución del mandato, y surge la correspondiente responsabilidad de la sociedad de *leasing* (artículos 1.719 y 1.726 del Código civil).

tad contractual de los particulares (artículo 1.255 del Código civil) (135). El poner impunemente en peligro la vida o los bienes del que contrata con nosotros por una falta grave de atención, no debe poder hacerse ni aun cuando medie un contrato entre el autor y la víctima. Creemos que las buenas costumbres no permiten esta liberación del deudor. Las convenciones de irresponsabilidad por culpa grave contribuyen a que se disminuya el sentido de la responsabilidad individual, lo cual, al ser gravemente perjudicial para la sociedad, no debe ser amparado por el Derecho.

Recientemente, Díez-Picazo y Gullón (136) han destacado, con acierto, que el artículo 1.103 del Código civil no se pronuncia, a diferencia del artículo 1.102, por la nulidad de la renuncia, pero tampoco la autoriza. Sería una cláusula que facultaría al deudor para ser descuidado, negligente o no proceder con la diligencia debida.

En el Derecho alemán, antes de la publicación de la *AGB-Gesetz*, la jurisprudencia se mostró contraria a la admisibilidad de las cláusulas de exoneración de responsabilidad por culpa grave en el marco de las condiciones generales (137). La *AGB-Gesetz* considera claramente ineficaz cualquier cláusula exoneratoria de estas características que aparezca en condiciones generales. El parágrafo 11, 7 de esta disposición legal establece que en las condiciones generales es ineficaz una exclusión o una limitación de la responsabilidad por un daño que deriva de una violación contractual gravemente culposa por parte del predisponente... (138).

En segundo lugar, debemos señalar que algunas sociedades de *leasing*, además de impedir al usuario que pueda exigirles la indemnización de daños y perjuicios, establecen que el mismo está obligado a respetar el contrato de *leasing* mientras continúe en vigor la compraventa que le sirve de antecedente (139). Nótese que la resolución del contrato de compraventa celebrado con el suministrador sólo puede ser demandada por la sociedad de *leasing*, que es la que ha comprado los bienes. Esto significa que el usuario no puede exigir a la sociedad de *leasing* la indemnización de daños y perjuicios, ni resolver el contrato de *leasing* financiero; a pesar de producirse una demora importante en la entrega de los bienes, ni tampoco el contrato de compraventa que la sociedad de *leasing* ha celebrado con el suministrador. Se afirma,

(135) Con mayor razón en la contratación por adhesión, como apuntan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1979, pp. 85 y 86). Es inmoral y contraria al orden público una cláusula de irresponsabilidad generalizada en los contratos que no tenga fundamento justo.

(136) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 179, p. 145.

(137) En este sentido, la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 20 de octubre de 1962 (*Neue Juristische Wochenschrift*, 1963, p. 46).

(138) Véanse los comentarios de ULMER, BRANDNER-HANSEN, *AGB-Kommentar*, Köln, 1977; HEINRICH, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 1980; LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 5.ª ed., München, 1980, pp. 518 ss.

(139) Referencia en MARTÍN OVIEDO (*El leasing...*, p. 176) que recoge las condiciones generales de las principales sociedades de *leasing* españolas.

en definitiva, que el que incumple la obligación de entrega de los bienes (la sociedad de *leasing*, que es el arrendador) está facultado para impedir que el usuario le demande la indemnización de daños y perjuicios, y para mantener a su conveniencia y capricho tanto la vigencia del contrato de compraventa como la del contrato de *leasing* financiero.

De la manera descrita, se impide la aplicación del artículo 1.556 del Código civil, causándose un daño grave al usuario, que no puede exigir directamente a la sociedad de *leasing* la indemnización de daños y perjuicios, y tiene que permanecer vinculado a la sociedad de *leasing*, aunque no tenga lugar la entrega de los bienes o se produzca con una importante demora. En realidad, lo que sucede es que el usuario se ha visto forzado a desprenderse de los medios de protección jurídica que le otorga nuestro ordenamiento jurídico frente a la sociedad de *leasing*, establecidos en el citado artículo 1.556, cuando la sociedad de *leasing* incumple la obligación de entrega de los bienes, que, a nuestro entender, es la obligación principal que pesa sobre ella. La «razón» que ha determinado la renuncia a estos derechos se encuentra pura y simplemente en el deseo de la parte económicamente fuerte (la sociedad de *leasing*) de no sufrir perjuicios cuando incumple su principal obligación. Si como dice De Castro (140), el desprenderse de acciones y excepciones simplemente es una renuncia no permitida a la ley, puede pensarse que la citada cláusula implica precisamente esto.

En contra de esta argumentación se dirá que el usuario se subroga en la posición jurídica de la sociedad de *leasing* para dirigirse contra el suministrador de los bienes. Este argumento, tal vez, justifique que el usuario no pueda exigir la indemnización de daños y perjuicios, siempre que la sociedad de *leasing* no haya actuado con dolo o negligencia grave; pero al impedirse al usuario tanto la resolución del contrato que la sociedad de *leasing* ha celebrado con el suministrador como la del propio contrato de *leasing* financiero, se obliga al usuario a continuar vinculado a la sociedad de *leasing*, sin que exista una razón fundada que pueda justificarlo. Existe simplemente el abandono de un derecho sin reciprocidad o contraprestación alguna. La razón de esta renuncia se encuentra en una imposición de la parte económicamente fuerte (la sociedad de *leasing*), que desea mantener el contrato de *leasing* financiero a toda costa, aunque no puede cumplirse su función económica, por haber incumplido ésta su principal obligación (la entrega de los bienes). En contra de este razonamiento, no puede alegarse que los bienes deben ser entregados directamente por el suministrador al usuario, porque el suministrador, cuando le entregue los bienes, lo hace por cuenta de la sociedad de *leasing*. En el plano jurídico, la obligación de entrega recae sobre ésta, que tiene la condición de arrendador. Además, es importante no olvidar que si no van a ser entregados los bienes al usuario, o lo van a ser con un importante retraso, es injustificadamente lesivo para el usuario el impedirle que, al menos, pueda desvincularse del contrato de *leasing* financiero. Con notable

(140) DE CASTRO, *Las condiciones generales...*, p. 335.

acuerdo, De la Cuesta Rute (141) ha precisado que se plantea el problema de dejar al arbitrio de la sociedad de *leasing* la situación de incertidumbre del usuario, supuesto que de ella sola depende mantener o no en vigor la compraventa (141 bis). Considera, por tanto, que los Tribunales de justicia no se mostrarán indiferentes ante situaciones semejantes. Al negarse al usuario el ejercicio de esta acción, se reduce hasta volatizarse el sentido técnico de la subrogación.

4. *La sociedad de «leasing» se exonera de toda responsabilidad si los bienes presentan vicios que disminuyen su valor o los hacen inservibles para el fin deseado, o si el usuario es privado de los mismos (evicción)* (142).

A) *La tesis de Giovanoli*.—Este autor (143) afirma que esta cláusula puede ser fácilmente justificada. La sociedad de *leasing* limita el ejercicio de sus prerrogativas de propietario, porque el usuario le exonera de todo tipo de responsabilidades. A lo largo de la monografía, alude también al carácter esencialmente financiero de la sociedad de *leasing* y a la subrogación del usuario en la posición jurídica de la sociedad de *leasing* para dirigirse contra el suministrador de los bienes, logrando de esta manera la oportuna indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, no puede ejercitar el usuario la acción resolutoria sin la autorización de la sociedad de *leasing*. Es necesario salvaguardar la vigencia del contrato de *leasing* financiero y justificar, en todo caso, el derecho de la sociedad de *leasing* a exigir al usuario el pago de la totalidad de los plazos, aunque los bienes sean inservibles para éste. Esta restricción se explica por el cuidado de la sociedad de *leasing* de no perder el control de la garantía real que representa la propiedad de los bienes. Al ser el propietario de los mismos, es lógico que sea necesario su concurso para que pueda ser resuelto el contrato celebrado con el suministrador.

B) *Derecho alemán*.—Según Flume (144) esta cláusula, y otras semejantes, se explican por la función estrictamente financiera de la sociedad de *leasing*. Esta ha adquirido los bienes de acuerdo con las instrucciones del usuario, que frecuentemente ha negociado las características de su adquisición con el suministrador. Por ello, es lógico que la sociedad de *leasing* se exonere de toda responsabilidad en lo relativo a las cualidades de los bienes. La subrogación del usuario en la posición jurídica de la sociedad de *leasing*, a fin de dirigirse contra el suministrador, justifica que aquél deba pagar a la sociedad de *leasing* los plazos convenidos, aunque los bienes presenten vicios o defectos ocultos.

(141) DE LA CUESTA RUTE, *Reflexiones en torno al leasing...*, pp. 575-577.

(141 bis) Nótese que el usuario no se subroga en el ejercicio de la acción redhibitoria; ésta sólo puede ser ejercitada por la sociedad de *leasing*.

(142) Ver MARTÍN OVIEDO (*El leasing...*, pp. 166, 175, 183 y 184) que recoge las condiciones generales de las sociedades de *leasing* españolas.

(143) GIOVANOLI, *La crédit-bail...*, pp. 405, 409 y 410.

(144) FLUME, *Das Rechtsverhältnis...*, pp. 30 ss.; también en *Der Betrieb*, 1972, pp. 53-54.

Algunos Tribunales alemanes aceptan una solución similar a la de Flume. El *Landgericht* de Koblenz, en la sentencia de 6 de febrero de 1973 (145), ha justificado la cláusula de exoneración de garantía de la sociedad de *leasing*. En igual sentido, el *Oberlandesgericht* de Nüremberg, en la sentencia de 15 de octubre de 1976 (146), afirmó que este contrato, por la peculiar configuración de la prestación de garantía, no está en contra de las buenas costumbres.

Frente al punto de vista señalado, no han faltado autores y Tribunales que han negado la validez de la citada cláusula, o han hecho depender su validez de una serie de requisitos. En contra de la licitud de esta cláusula, hay que citar la sentencia del *Oberlandesgericht* de 14 de enero de 1972 (147), que afirma que cláusulas como ésta son gravemente lesivas para el usuario, estando en contradicción con las buenas costumbres (parágrafo 138 del BGB).

Con posterioridad a la publicación de la *AGB-Gesetz*, Ebenroth (148), pone de relieve que el *leasing* financiero es un contrato de adhesión; es necesario salvaguardar el principio de la buena fe (parágrafo 242 del BGB) y las buenas costumbres (parágrafo 138 del BGB). Cuestiona la aplicación de la *AGB-Gesetz* al *leasing* financiero, teniendo en cuenta lo dispuesto por los parágrafos 9 y 11,10 de esta disposición legal. En un trabajo publicado en la revista «Der Betrieb» (149), al que alude Heinrichs (150), este autor considera ineficaz la cláusula de las condiciones generales del *leasing* que excluye la obligación de garantía de la sociedad de *leasing*. El parágrafo 11,10 a) de la *AGB-Gesetz* se refiere a la obligación de garantía y dispone que, en las condiciones generales del negocio, es ineficaz una cláusula mediante la cual, en los contratos sobre entregas de cosas de nueva fabricación y prestaciones, se excluye las pretensiones de garantía contra el predisponente, incluyendo las eventuales pretensiones de reparación y de prestación del *id quod interest* en su totalidad o relativamente a partes concretas, o se limitan a la concesión de pretensiones contra terceros, o se hacen depender de la absorción judicial por un tercero.

Blomeyer (151) ha destacado que la literatura dominante entiende

(145) En *Neue Juristische Wochenschrift*, 1973, pp. 706-709. También en REICH, *Anmerkung zu LG Koblenz 6.2.1973 und LG Ausburg 10.11.1972*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1973, pp. 1613-1614.

(146) En *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, pp. 152-153. También en WOELSKOW, en *Münchener Kommentar. Bürgerliches Gesetzbuch. Schuldrecht. Besonderer Teil*, Band 3, vor. 535, München, 1980, p. 598.

(147) En *Neue Juristische Wochenschrift*, 1972, pp. 1993-1995.

(148) EBENROTH, *Der Finanzierungs-Leasing Vertrag als Rechtsgeschäfts zwischen Miete und Kauf-BGH, Betr 1977*, 395, en *Juristische Schulung*, 1978, p. 590.

(149) *Inhaltliche Schranken in Leasing-Formularverträgen auf Grund des AGB-Gesetzes*, 1978, pp. 2114-2115.

(150) HEINRICHS, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, anotación al parágrafo 11, 10 a) de la *AGB-Besetz*, p. 2252.

(151) BLOMEYER, *Finanzierungsleasing unter dem Blickwinkel der Sachmängelhaftung und des Abzahlungsgesetz*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1978, p. 975.

que las condiciones de aplicación del párrafo 11,10 a) de la *AGB-Gesetz* se cumplen en el contrato de *leasing* financiero. El objeto de este contrato está constituido por cosas de nueva fabricación que se entregan al usuario.

Señala Blomeyer (152) que si el usuario no es comerciante, en ningún caso puede excluirse la obligación de garantía por vicios en los bienes. Se aplica el párrafo 11,10 a) de la *AGB-Gesetz*. En este sentido, Locher (152 bis).

Emmerich (153) ha expuesto los requisitos señalados por los Tribunales alemanes para que pueda afirmarse la validez de esta cláusula. Estos (154) parten de la naturaleza arrendaticia del *leasing* financiero. Al ser la conservación de las cosas alquiladas en buen estado una de las obligaciones esenciales del arrendador, la exclusión convencional de la obligación de garantía sólo puede tener lugar válidamente si los derechos de garantía que corresponden a la sociedad de *leasing* son cedidos al usuario. Este debe estar legitimado para poder resolver el contrato celebrado por la sociedad de *leasing* con el suministrador de los bienes. Destaca en este sentido la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 23 de febrero de 1977 (155). Pero si el usuario no es comerciante, rigen en todo caso las limitaciones del párrafo 11,10 de la *AGB-Gesetz*.

La resolución del contrato de compraventa (el celebrado por la sociedad de *leasing* y el usuario) influye decisivamente sobre el contrato de *leasing* financiero, debido a los efectos restitutorios que derivan de la misma. Es, por ello, lógico que el usuario deje de estar obligado a pagar los plazos restantes a la sociedad de *leasing*. Análogamente, si el usuario ha ejercitado la acción *cuanti minoris*, debe producirse una reducción proporcional en el pago de los plazos pendientes. Sin embargo, si el usuario no hace uso de los derechos de garantía que le han sido cedidos, o lo hace tardíamente, continúa obligado a pesar de los vicios en el objeto del contrato de *leasing* financiero, a pagar los plazos pendientes. En el caso de mora del usuario, incluso puede producirse el vencimiento anticipado de todos los plazos del *leasing* financiero.

Algunos autores (156) aceptan la doctrina de la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 23 de febrero de 1977. Sin embargo, Kayser (157)

(152) BLOMEYER, *Finanzierungsleasing*, pp. 973 ss.

(152 bis) LOCHER, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, München, 1980, p. 66.

(153) EMMERICH, en STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*, párrafo 535, Berlín, 1978, pp. 654-655.

(154) EMMERICH cita las siguientes sentencias: *Bundesgerichtshof*, 23 de febrero de 1977; *Oberlandesgericht de Hamm*, 19 de enero de 1978.

(155) En *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, pp. 847-848. También BLOMEYER, *Finanzierungsleasing...*, pp. 973 ss. y KUMMER, en SOERGEL..., p. 65.

(156) En este sentido, HIDDEMANN, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshof zum Leasingvertrag*, Frankfurt, 1978, pp. 839-840; KAYSER, *Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Finanzierungs. Leasing*, Teilz W 5/1978, páginas 31-32.

(157) KAYSER, *Die höchstrichterliche Rechtsprechung...*, pp. 31-32.

juzga conveniente que sean aplicados al *leasing* financiero los principios desarrollados por el *Bundesgerichtshof* en relación con las cláusulas de exoneración de garantía de los promotores inmobiliarios (*Bauträgerfirmen*): este Tribunal ha admitido que los promotores pueden válidamente exonerarse de toda garantía en cuanto a los inmuebles vendidos, si han cedido a los compradores el conjunto de los créditos de garantía contra el arquitecto, los empresarios y los suministradores. No obstante, los promotores inmobiliarios siguen respondiendo subsidiariamente por los vicios o defectos, en la medida en que los compradores no obtienen la reparación en virtud de las acciones cedidas. Esta doctrina deriva de la importante sentencia del *Bundesgerichtshof* de 29 de marzo de 1974 (158).

C) *Derecho francés*.—La doctrina (159) y la jurisprudencia (160) se muestran claramente favorables a la admisión de la referida cláusula. Se destaca que el artículo 1.721 del Código civil francés no es una norma de orden público, y además que el usuario se subroga en la posición jurídica de la sociedad de *leasing* y puede, por tanto, dirigirse contra el suministrador de los bienes defectuosos. Sin embargo, es importante destacar que algunos autores y sentencias entienden que sólo se produce la exoneración de responsabilidad de la sociedad de *leasing*, si ésta no ha actuado dolosamente en el momento de la celebración del contrato de *leasing financiero*. Concretamente, afirma Coillot (161) que sólo se produce la exoneración de los vicios en el momento de la conclusión del contrato. La sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París, de 13 de diciembre de 1971 (162), establece que es nula la renuncia del arrendatario a ejercer contra el arrendador cualquier tipo de acción.

Algunos autores y sentencias (163) han señalado que el equilibrio de las prestaciones contractuales exige que, en contrapartida a la renuncia, el usuario se beneficie de la garantía del vendedor; de otra manera, la renuncia estará privada en todo o en parte de causa.

Harichaux-Ramu (164) llega a decir que es conveniente que el usuario, privado de la acción contra la sociedad de *leasing*, se beneficie de una transferencia eficaz que le permita ejercer las acciones en eje-

(158) En *Neue Juristische Wochenschrift*, 1974, pp. 1135-1137.

(159) *Cfr.*, COILLOT, *Initiation...*, pp. 158-159; BEY, *De la sybiotique...*, p. 180; Cámara Nacional de Consejeros Financieros, *Le leasing...*, p. 13; PARLEANI, *Le contrat de lease-back*, en la *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1973, pp. 711-713; LELOUP, *Note sous La Rochelle, 26 juin 1964*, en *Juris Classeur Périodique*, 1965, II, 14331 bis.

(160) *Cfr.*, sentencias de la Corte de Casación de 30 de octubre de 1973 (*Recueil Dalloz Sirey*, *Somm* 6, 1974); 7 de mayo de 1974 (*Recueil Dalloz Sirey*, *Somm* 13, 1974); 1 de julio de 1975 (*Bulletin Civil de la Cour de Cassation*, IV, p. 155); 13 de junio de 1977 (*Bulletin Civil de la Cour de Cassation*, IV, p. 141), y otras muchas sentencias.

(161) COILLOT, *Initiation...*, pp. 158-159.

(162) Referencia en HARICHAUX-RAMU, *La transfert des garanties dans les crédit-bail mobilier*, en la *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1978, página 218.

(163) Referencia en HARICHAUX-RAMU, *La transfert...*, p. 220, nota 67.

(164) HARICHAUX-RAMU, *La transfert...*, p. 267.

cucción de la garantía legal o convencional, o la resolución del contrato, por referencia a la estipulación por otro o la cesión de créditos.

D) *Derecho italiano*.—Prácticamente, todos los autores aceptan la validez de esta cláusula, siempre que la sociedad de *leasing* haya obrado sin dolo o negligencia grave (164 bis).

Tabet (165) entiende que la exención de toda responsabilidad por vicios aparentes y ocultos está justificada por el tenor de los artículos 1.579 y 1.580 del Código civil italiano, con la única excepción del principio de nulidad del pacto de *dolo non praestando* (artículo 1.229). Por consiguiente, las partes tienen una amplia facultad para excluir o limitar la responsabilidad del arrendador (la sociedad de *leasing*) por vicios en la cosa arrendada, salvo la citada excepción.

En términos parecidos a los de Tabet se pronuncian Calandra (166) y Buonocore (167). D'Amato (168) puntualiza que la sociedad de *leasing* no responde frente al usuario por vicios aparentes u ocultos en la cosa. Se trata de una diferencia relevante en relación con el contrato de arrendamiento, que está justificada por la naturaleza financiera del *leasing* y, en particular, por la circunstancia de que los bienes, que ha de adquirir la sociedad de *leasing*, son encargados por el usuario. Corresponderá al usuario el ejercicio de las acciones que la sociedad de *leasing* puede interponer contra el suministrador de los bienes defectuosos.

E) *Derecho español*.—La mayor parte de los autores se sitúan en esta línea de pensamiento. López Iranzo (169) precisa que la traslación de riesgos o de responsabilidades y la subrogación de acciones constituye una de las características esenciales del *leasing* financiero, congruente con las distintas vocaciones, financiera y técnica, de las partes. Ello supone una derogación de las normas generales en materia de arrendamiento, efectuada al amparo de la libertad de pactos. La exoneración de responsabilidad no es sino consecuencia de una especie de «compensación» entre una posición acreedora de responsabilidad frente al vendedor y otra deudora frente al arrendatario en relación a ... la garantía de un mismo material y en la medida, claro está, que las reglas específicas de los contratos de venta y alquiler lo permitan.

Para Sagrera y Martorell (170), estas exclusiones de responsabilidad por parte del arrendador (la sociedad de *leasing*) tienen su origen

(164 bis) (Cfr. TESTA, *Il leasing finanziario: prassi contrattuale e problemi*, en *Le condizioni generali di contratto, al cuidado de* BRANCA, Milano, 1981, páginas 282 ss.

(165) TABEL, *La locazione de beni strumentali (leasing)*, en Banca, Borsa e Titoli di Crédito, 1973, II, p. 292.

(166) GALANDRA, *Orientamenti della dottrina in tema de locazione finanziaria*, en *Rivista di Diritto Civile*, 1978, pp. 207 ss.

(167) BUONOCORE, *La locazione finanziaria nell'ordinamento italiano*, en *Il leasing. Prolifi privatistici e tributari*, Milán, 1975, p. 92.

(168) D'AMATO, *Prolifi giuridici del contratto di leasing*, en *Giustizia Civile*, 1975, pp. 1799-1800.

(169) LÓPEZ IRANZO, *Estudio jurídico...*, p. 313.

(170) SAGRERA y MARTORELL, *Hacia un mayor conocimiento...*, p. 564.

precisamente en que si el arrendador ha llegado a ser propietario de los bienes que arrienda, ha sido a petición y en interés del cliente.

Según Martín Oviedo (171), estas cláusulas de exoneración significan derogación de normas generales en materia de arrendamiento, pero su derogación por pacto expreso entre las partes está admitida por el tenor de los propios preceptos (artículos 1.475, 1.476, 1.484 y 1.485 del Código civil, a los que se remite el artículo 1.553 del mismo cuerpo legal) y, en general, por el principio de la libertad de pactos (artículo 1.255). La renuncia de la acción del usuario contra la sociedad de *leasing* está permitida por nuestras leyes (artículo 4,2 del Código civil, que se corresponde con el texto del nuevo artículo 6,2 del Código civil). Además, precisa este autor (172), que el usuario conoce el bien que ahora adquiere (mejor incluso que la empresa de *leasing*) por haberlo utilizado a lo largo del contrato de *leasing*, por lo que carece de sentido un «vicio oculto» que no hubiese aparecido durante el transcurso de aquel contrato. Ese mismo tiempo transcurrido hace también prácticamente inexistente el peligro de una evicción.

Santos Briz (173) se refiere a la exoneración de responsabilidad de la sociedad de *leasing* por vicios en la cosa cedida. Para que esta característica surta efectos en nuestro ordenamiento es preciso tener en cuenta la fisonomía del elemento natural de la compraventa que tiene en el Código civil la responsabilidad del vendedor o del arrendador por vicios ocultos (artículos 1.484 y siguientes en relación con el 1.553).

Con sentido crítico, De la Cuesta Rute (174) afirma que al negarse al usuario el ejercicio de la acción resolutoria de la compraventa (175), se reduce hasta volatizarse el sentido técnico de la subrogación o delegación. Además, entiende que no sólo se trata de una derogación del régimen de arrendamiento en materia dispositiva, sino algo más importante. Porque quiere llevarse hasta sus últimas consecuencias que la pérdida o imposibilidad de usar la cosa no influya en ningún modo en la obligación del usuario de pagar el precio. El que en todo caso se quiera mantener la obligación del usuario de pagar el precio, sean cuales sean las circunstancias que concurran en el goce de la cosa, incide terminantemente en la esencia del negocio.

F) *Opinión personal.*—A nuestro juicio, cuando los bienes entregados al usuario presentan vicios ocultos, la remisión del artículo 1.553 del Código civil a la normativa del mismo sobre el saneamiento por vicios ocultos en la compraventa sirve para solucionar la cuestión. El artículo 1.485 del Código civil justifica que la sociedad de *leasing* no responda por los vicios ocultos de la cosa entregada, si así lo ha es-

(171) MARTÍN OVIEDO, *El leasing...*, pp. 52 y 221.

(172) MARTÍN OVIEDO, *El leasing...*, p. 221, nota 40.

(173) SANTOS BRIZ, *Derecho civil...*, IV, p. 171.

(174) DE LA CUESTA RUTE, *Reflexiones en torno al leasing...*, p. 577.

(175) En las condiciones generales del *leasing* no se permite al usuario resolver el contrato celebrado por la sociedad de *leasing* con el suministrador de los bienes.

tipulado con el usuario. Este artículo establece, sin embargo, un importante límite a la validez de este pacto: la sociedad de *leasing* debe ignorar la existencia de los vicios o defectos ocultos en el momento que celebró el contrato de *leasing* financiero. El carácter marcadamente imperativo del inciso final del artículo 1.485 se infiere de su propio tenor literal y de sus antecedentes históricos. En el Derecho común se excluye la eficacia del pacto de renuncia a las acciones de saneamiento, cuando el vendedor conoce o debiera conocer la existencia de vicios en la cosa y guarda silencio. En este sentido, Partida 5,5,63 y 64 y Partida 5,8,14.

Aunque el párrafo 2.º del artículo 1.485 se refiere expresamente al dolo del vendedor (conocimiento de los vicios ocultos y no comunicación al comprador), el dolo ha de equipararse en este caso a la culpa lata. El citado artículo ha de aplicarse cuando el vendedor ha desconocido la existencia del vicio por culpa lata. Esta solución tiene, como hemos señalado, un importante apoyo en Las Partidas y en la doctrina que las interpreta. Hermosilla (176) pone de relieve que, a efectos de la indemnización de daños y perjuicios, el vendedor que asegura lo que ignora, se encuentra en situación semejante a la del vendedor que silencia al comprador los vicios de la cosa que conoce (*indolo est qui asserit id quod ignorat*). Lo mismo sucede cuando el vendedor ignora los vicios de la cosa por ignorancia crasa o supina (177).

No valdrá a la sociedad de *leasing* alegar que el usuario tiene una acción directa contra el suministrador de los bienes, en virtud de la subrogación convencional en los derechos de la sociedad de *leasing* para exigir las responsabilidades en que haya podido incurrir el suministrador. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.487, si la cosa vendida se perdiere por efecto de los vicios ocultos, conociéndolos el vendedor, sufrirá éste la pérdida, y deberá restituir el precio y abonar los gastos del contrato, con los daños y perjuicios. Si no los conocía, debe sólo restituir el precio y abonar los gastos del contrato que hubiese pagado el comprador. Por idéntica razón, se aplicará siempre el párrafo 2.º del artículo 1.488: si la sociedad de *leasing* obró de mala fe, deberá abonar al usuario los daños e intereses.

Tan sólo en el marco señalado puede entenderse lícita la exoneración de responsabilidad de la sociedad de *leasing* por vicios ocultos en los bienes; ahora bien, si ésta puede exonerarse de responsabilidad en los términos señalados, no es evidente que, además, pueda exigir al usuario el pago de la *totalidad* de las mensualidades no vencidas. Téngase en cuenta que es esencial al arrendamiento que el arrendatario sólo abone los alquileres cuando goza de los bienes, y, además, nuestro ordenamiento jurídico no autoriza los enriquecimientos sin causa. Por consiguiente, pensamos que, de acuerdo con los criterios de control de las condiciones generales de los contratos, la sociedad de

(176) HERMOSILLA, *Notae, additiones et resolutiones ad glosas legum Partitarum D. Gregorii Lopeti*, Ginebra (1726), P. 5. 5. 63, núm. 6, p. 852.

(177) HERMOSILLA, *Notae...*; P. 5. 5. 64, nn. 22 y 23, p. 857. Una amplia referencia en MORALES MORENO, *El alcance protector de las acciones edilicias*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1980, III, pp. 616 ss.

leasing sólo puede exigir válidamente el pago de las mensualidades no vencidas si el usuario se ha subrogado en su lugar y puede ejercitar contra el suministrador las acciones que le corresponden a la sociedad de *leasing*. A fin de evitar cualquier enriquecimiento injustificado de la sociedad de *leasing*, hay que entender que ésta sólo tiene derecho a recibir la *totalidad* de las mensualidades no vencidas cuando prospera la acción ejercitada por el usuario frente al suministrador, y éste recibe una indemnización que le permite abonar a la sociedad de *leasing* dichas mensualidades. Naturalmente, el usuario habrá de actuar diligentemente al dirigirse contra el suministrador. Como ha entendido la jurisprudencia alemana, si el usuario no hace uso de los derechos de garantía que le han sido cedidos, o lo hace tardíamente, continúa obligado, a pesar de presentar vicios los bienes entregados al usuario, a pagar los plazos pendientes.

En los términos descritos puede admitirse, sin problemas, la validez de la tan citada cláusula de las condiciones generales; no parece contraria a la buena fe y la conmutatividad del tráfico. Pensamos que tampoco ocasiona un enriquecimiento injustificado de la sociedad de *leasing* o del usuario.

En relación con la evicción, si el usuario es privado de los bienes cedidos en *leasing* financiero, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la celebración del *leasing*, el párrafo último del artículo 1.475 del Código civil, que se aplica al arrendamiento por la remisión que hace el artículo 1.553 a las disposiciones sobre saneamiento en la compraventa, parece admitir la licitud de las cláusulas de las condiciones generales que exonera de toda responsabilidad a la sociedad de *leasing*. Esta y el usuario pueden suprimir convencionalmente la obligación de saneamiento por evicción. Sin embargo, tal pacto no es lícito si la sociedad de *leasing* hubiese actuado de mala fe (artículo 1.476 del Código civil). También es muy importante tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 1.477 del Código civil: sólo cuando el usuario hubiera hecho la renuncia con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias, llegado que sea el saneamiento, deberá la sociedad de *leasing* entregar únicamente el precio que tuviese la cosa cedida al tiempo de la evicción.

En el caso de evicción puede considerarse lícita la exoneración de responsabilidad de la sociedad de *leasing* en los términos que hemos señalado. El problema surge en torno a la licitud de la cláusula que faculta a la sociedad de *leasing* para exigir, a pesar de la evicción, la totalidad o la mayor parte de las mensualidades pendientes. Pensamos que ha de evitarse cualquier enriquecimiento injustificado de la sociedad de *leasing* y, por tanto, debe acogerse una solución análoga a la expuesta en relación con los vicios ocultos en los bienes financiados.

5. *El usuario soporta el riesgo del deterioro o del perecimiento fortuito de los bienes* (178).

(178) Referencia en MARTÍN OVIEDO, *El «leasing»...*, pp. 167, 196.

A) *La tesis de Giovanoli*.—Señala este autor (179) que si la sociedad de *leasing* acepta limitar el ejercicio de sus prerrogativas de propietario (el usuario es el que goza de los bienes), es lógico que, en contrapartida, el usuario asuma el conjunto de los riesgos y cargas que se relacionan con los bienes. La citada cláusula está plenamente justificada, si se considera al *leasing financiero* como un préstamo acompañado de una venta en garantía. En cambio, es muy problemático justificarla si es calificado como arrendamiento; en la lógica del arrendamiento, es incomprensible.

No han faltado autores y Tribunales suizos que han cuestionado la validez de la mencionada cláusula. Giger (180) entiende que no puede justificarse en el marco del arrendamiento, que se caracteriza porque el pago de las mensualidades depende del goce efectivo de los bienes arrendados. En parecido sentido, el Tribunal Comercial de Zürich (181) pone en duda su validez, porque se trata de un riesgo típicamente unido a la propiedad de los bienes.

B) *Derecho alemán*.—Algunos autores y sentencias justifican también la citada cláusula. A diferencia de Giovanoli, parten de la naturaleza arrendaticia del *leasing financiero*. Flume (182) la justifica, diciendo que estamos ante un arrendamiento de bienes productivos, lo que determina que el riesgo de su pérdida o deterioro (*Sachgefahr*) deriva fundamentalmente del uso que se haga de los mismos. La conexión entre uso y riesgo determina que éste deba ser soportado por el usuario, pues es el que utiliza los bienes y tiene, por consiguiente, un auténtico *Sachinteresse*. Flume precisa que está plenamente justificado que la sociedad de *leasing* tenga derecho a exigir al usuario el capital invertido, aumentado con los intereses y gastos, pero el usuario no está obligado a indemnizar a la sociedad de *leasing* de la ganancia que deje de obtener (*Gewinnanspruch*).

La tesis de Flume es aceptada por otros autores. Reich (183) la acepta en un comentario a las sentencias del *Landgericht* de Koblenz, de 6 de febrero de 1973, y del *Landgericht* de Aushurg, de 10 de noviembre de 1972. En un trabajo posterior (184), apunta que la solución correcta del problema debe situarse en el marco de la relación trilateral (sociedad de *leasing*, usuario y suministrador) que existe en el *leasing financiero*. Si los bienes perecen o se deterioran con anterioridad a la aceptación del riesgo por el usuario, el mismo no debe

(179) GIOVANOLI, *Le crédit-bail...*, pp. 399-400.

(180) GIGER, *Leasingvertrag. Abhandlungen zum schweizerischen Recht*, Bern, 1977, pp. 163-164 y 170-173.

(181) Cfr. Schweizerische Juristen-Zeitung, 1977, pp. 320-326, y el comentario de GIOVANOLI, *Le crédit-bail...*, pp. 345-348.

(182) FLUME, *Das Rechtsverhältnis...*, pp. 3 ss.; también en *Der Betrieb*, 1972, pp. 56-58, y en REICH, *Anmerkung zu LG Koblenz 6. 1973 und LG Aushurg 10.11.1972*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1973, p. 1617, que reproduce su opinión.

(183) REICH, *Anmerkung...*, p. 1617.

(184) REICH, *Leasing*, en *Vertragsschuldverhältnisse*, München, 1974, pp. 74-75.

ser soportado por éste. Después de dicha aceptación, el riesgo recae sobre el usuario, puesto que lo ha aceptado. Para Reich, el carácter neutral de esta distribución del riesgo determina su justificación, aunque la solución se aparte de la regulación del BGB sobre el contrato de arrendamiento.

Publicada la *AGB-Gesetz*, la tesis de Flume sigue siendo aceptada por algunos autores. Putzo (185) menciona a este autor, y señala que la sociedad de *leasing* soporta el *Sachgefahr*. Para Kumer (185 bis), el usuario soporta el riesgo empresarial; la sociedad de *leasing* el riesgo del crédito.

En el terreno jurisprudencial, la sentencia del *Landgerichts* de Koblenz de 6 de febrero de 1973 (186) se pronuncia en términos semejantes a los de Flume. La sentencia del *Bundesgerichtshof* de 23 de noviembre de 1976 (187), que contempla el supuesto de destrucción de un vehículo, que se había entregado en *leasing*, por la acción de un tercero, acepta la solución mencionada, señalando que el contrato de *leasing* se aproxima a la venta a crédito en lo concerniente al régimen de riesgos. Sin embargo, si la sociedad de *leasing* percibe una indemnización de un tercero (los bienes están asegurados) a consecuencia de la destrucción de los bienes entregados en *leasing*, debe ser reducida proporcionalmente la suma que debe pagar el usuario a la sociedad de *leasing*. En parecido sentido, Emmerich (188) menciona las sentencias del *Oberlandesgericht* de Frankfurt, de 3 de julio de 1976, y del *Oberlandesgericht* de Hamm, de 19 de enero de 1978.

En contra de la opinión dominante, Ebenroth (189), de acuerdo con la *AGB-Gesetz*, ha afirmado que esta cláusula es ineficaz cuando el usuario no es comerciante.

La sentencia del *Oberlandesgericht* de Bamberg, de 14 de enero de 1970, anteriormente citada (190), tampoco justifica cláusulas como ésta.

También es digno de destacar que algunos autores destacan que esta cláusula no puede justificarse si se califica al *leasing* como arrendamiento (191). Emmerich (192) afirma que la compraventa y el arrendamiento se distinguen en la solución del problema de la asunción del riesgo de la pérdida o del deterioro fortuito de los bienes. La

(185) PUTZO, en PALAND, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 39 ed., München, 1980, par. 535, p. 490.

(185 bis) KUMMER, en SOERGEL..., p. 64.

(186) En *Neu Juristische Wochenschrift*, 1973, p. 706.

(187) En *Juristische Schulung*, 1978, con un comentario de EBENROTH, *Der Finanzierungs-Leasing-Vertrag als Rechtsgeschäfts ischen Miete und Kauf*, BGH-Betr., 1977, 395, pp. 588-594.

(188) EMMERICH, en STAUDINGER..., p. 655.

(189) EBENROTH, *Inhaltliche...*, p. 114.

(190) En la nota 105.

(191) *Cfr.*, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts. Besonderer Teil*, II, München, 1977, pp. 411-41; BORGRAFE, *Die Zwangsvollstreckung in bewegliches Leasinggut. Finanzierungsleasing als Kreditgeschäfts*, Köln, 1976, pp. 7-73; KLAAS, *Die Risikoverteilung bei neuen Finanzierungsmethoden*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1968, p. 1507; EMMERICH, en STAUDINGER..., p. 655.

(192) EMMERICH, en STAUDINGER..., 655.

asunción del riesgo por el usuario se opone al significado del arrendamiento. Por ello, si se entiende que el *leasing* financiero es un arrendamiento, debe considerarse insólita la cláusula que determina dicha consecuencia y, de acuerdo con el parágrafo 9 de la *AGB-Gesetz*, ha de afirmarse su ineficacia.

Pape-Richter y Hannes (193) destacan que si el *leasing* financiero fuese un arrendamiento, la sociedad de *leasing* recibiría unas ventajas que no pueden defenderse. Sólo puede justificarse que el usuario soporte todos los riesgos, si es considerado como cuasi-propietario de los bienes.

C) *Derecho italiano*.—Tabet (194) es el autor italiano que con mayor énfasis justifica la citada cláusula. La asunción del riesgo por el usuario se justifica porque éste es el que utiliza los bienes.

Clarizia (195) opina que si los bienes perecen o se deterioran, no desaparece la obligación del usuario de pagar a la sociedad de *leasing* los pagos no vencidos. Esto es convincente, porque, de un lado, los bienes sustituyen al dinero (y, por tanto, no puede producirse imposibilidad sobrevenida en la restitución), de otro, el *leasing* es un contrato de financiación (la regla que aparece en los contratos de *leasing* es similar a la del artículo 1.818 del Código civil italiano sobre el mutuo).

Calandra (196) destaca que la citada cláusula está en evidente contraste con la disciplina legal del arrendamiento (artículo 1.588 del Código civil). Sin embargo, no desnaturaliza el núcleo esencialmente arrendaticio del *leasing* financiero, porque no introduce un elemento que desequilibre las prestaciones y que, por tanto, excluya la posibilidad de reconducir el contrato al tipo del arrendamiento, si es verdad que el principio *res perit domino* no es siempre idóneo para interpretar la disciplina legislativa del riesgo contractual.

En contra de la admisibilidad de esta cláusula, Buonocore (197) considera discutible la posibilidad de que el usuario sea el que deba soportar el riesgo, sobre todo en relación con el *leasing* de inmuebles. No puede ser excluida su ineficacia. Sin embargo, no desnaturaliza el carácter arrendaticio del contrato.

Como sucede en Alemania, algunos autores italianos (198) consideran que esta cláusula no puede justificarse en el marco del arrendamiento.

D) *Derecho francés*.—Con la excepción de Parleani (199) y algún

(193) PAPE-RICHTER y HANNES, *Nature juridique du contrat du leasing pour les navieres*, en *Droit maritime français (Droit Compare)*, 1973, 2.^a parte, 1973, p. 458.

(194) TABET, *La locazione di beni strumentali...*, p. 93.

(195) CLARIZIA, *Alcune considerazioni...*, p. 472.

(196) CALANDRA, *Orientamenti...*, pp. 211-212.

(197) BUONOCORE, *La locazione finanziaria...*, p. 93.

(198) Cfr., GARGIULLO, *Aspetti giuridici...*, p. 44; BIANCA, *La vendita e la permuta*, en *Trattato di Diritto civile italiano* de VASSALLI, Vol. 7-1, Torino, 1972, p. 55.

(199) PARLEANI (*Le contrat de lease-back...*, p. 711) apunta que el usuario

otro autor, la doctrina francesa ha puesto en duda la validez de esta cláusula, o ha protegido adecuadamente al usuario, teniendo en cuenta que los bienes están asegurados. Destaca la autorizada opinión de Coillot (200). Señala que el artículo 1.722 del Código civil francés ofrece al usuario la posibilidad de escoger entre la rescisión del arrendamiento o la disminución del precio de alquiler. La sociedad de *leasing* exige al usuario que renuncie a la rescisión del arrendamiento o a la disminución del alquiler, en caso de destrucción por caso fortuito o hecho de un tercero. Sin embargo, piensa Coillot que esta hipótesis limita la obligación de la sociedad de *leasing* de hacer disfrutar al usuario de la cosa, pudiendo ésta desaparecer, sin que la obligación del usuario de pagar el precio del alquiler se extinga, ni siquiera parcialmente, lo cual, en nuestra opinión, es difícilmente admisible.

R. y J. Savatier y Leloup (201) han señalado que diversas sentencias de los Tribunales aprecian en esta limitación de los riesgos un esfuerzo de dominación económica de las sociedades de *leasing*.

Bey (202) afirma que pueden presentarse dos situaciones: si el usuario no ha asegurado los bienes financiados, el contrato se entiende resuelto de pleno derecho por aplicación de las normas de Derecho común (artículos 1.722 y 1.741 del Código civil), pero el usuario es responsable, puesto que existe violación del contrato en *leasing* en lo concerniente a la obligación de aseguramiento. Será, en consecuencia, condenado por el Tribunal a pagar una suma representativa del valor de la cosa arrendada y, además, deberá abonar a la sociedad de *leasing* la suma fijada en la cláusula penal contractualmente establecida (el pago de las mensualidades restantes). Si, por el contrario, el usuario ha asegurado la cosa contra todo tipo de riesgos, se encuentra desligado frente a la sociedad de *leasing*; la compañía aseguradora le sustituye en el pago de las indemnizaciones debidas.

E) *Derecho español*.—No existen sentencias de los Tribunales que aborden el problema que analizamos; en cambio, son bastantes los autores que justifican la tan citada cláusula. López Iranzo (203) entiende que la traslación de riesgos... constituye una de las características esenciales del *leasing*, congruente con las distintas vocaciones, financiera y técnica, de las partes. Ello supone una derogación de las normas generales en materia de arrendamiento, efectuada al amparo de la libertad de pactos.

Sagrerá y Martorell (204) justifican todas las cláusulas que exoneran de responsabilidad y descargan de riesgos a la sociedad de *leasing*, pues ésta, en cualquier caso, puede exigir al usuario la totalidad de

es el guardian de los bienes, lo que justifica que sea responsable frente a la sociedad de *leasing* de los deterioros que sufran éstos, cualquiera que sea su causa.

(200) COILLOT, *Initiation...*, pp. 160-161.

(201) R. y J. SAVATIER y LELOUP, *Droit des Affaires*, París, 1977, p. 74.

(202) BEY, *De la symbiotique...*, pp. 190-191.

(203) LÓPEZ IRANZO, *Estudio jurídico...*, p. 313.

(204) SAGRERA y MARTORELL, *Hacia un mayor conocimiento...*, pp. 564-568.

las mensualidades. Nótese que no estamos en presencia de una cláusula leonina o injusta, impuesta por la sociedad de *leasing* a sus clientes, sino que viene derivada de las obligaciones que nacieron de la solicitud formulada por el cliente a la sociedad de *leasing*. Es equitativo y justo que el usuario soporte los riesgos y responsabilidades, ya que él ha sido quien ha escogido el objeto del arriendo, que no fue fabricado por la sociedad de *leasing*, y que sólo devino propietario del objeto a petición del usuario.

Señala Vidal Blanco (205) que la validez de esta cláusula se justifica en la suscripción de un seguro del equipo por el usuario, el cual al hacerse a nombre de la empresa de *leasing* como beneficiaria, permite la reposición inmediata del equipo en cuestión, evitándose la situación de que se mantenga la obligación de pago de un arrendamiento que no tuviese la contrapartida del uso del bien arrendado.

El equipo formado por Iglesias Prada, bajo la dirección de Menéndez (206), pone de relieve la conexión de la cláusula de asunción del riesgo por el usuario y la contratación de un seguro para la cobertura de tal riesgo.

No faltan autores que ponen en duda la licitud de la cláusula. Viña Magdaleno (207) entiende que es injusto que sin ser propietario (el usuario) soporte todos los riesgos. Este autor piensa que esta cláusula de las condiciones generales es uno de los inconvenientes mayores que presenta el *leasing* financiero.

Rico Pérez (208) señala que la validez de esta cláusula es dudosa, ya que llevaría al absurdo de pagar por el uso de una cosa que había desaparecido.

Finalmente, De la Cuesta Rute (209) puntualiza que no sólo se trata de una derogación del régimen del arrendamiento en materia dispositiva, sino de algo más importante. Porque quiere llevarse hasta sus últimas consecuencias que la pérdida o imposibilidad de usar la cosa no influye en ningún modo en la obligación del usuario de pagar el precio. El que en todo caso se quiera mantener inalterada la obligación del arrendatario (el usuario) de pagar el precio, sean cuales sean las circunstancias que concurran en el goce de la cosa, incide terminantemente en la esencia del negocio.

F) *Opinión personal.*—De acuerdo con el artículo 1.568 del Código civil, que contemple el problema de la pérdida de la cosa arrendada sin culpa del arrendatario, es indudable que dicha pérdida motiva la extinción de la relación arrendaticia (210). Así se deduce

(205) VIDAL BLANCO, *El «leasing»...*, p. 119.

(206) El equipo formado por IGLESIAS PRADA, bajo la dirección de MENÉNDEZ, *Derecho Mercantil...*, p. 98.

(207) VIÑA MAGDALENO, *El «leasing»...*, p. 258.

(208) RICO PÉREZ, *Uso y disfrute...*, p. 62.

(209) CUESTA RUTE, *Reflexiones en torno al «leasing»...*, 582 ss.

(210) En este sentido, Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, II, Madrid, 1979, p. 396; LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XX-1.º, dirigidos por ALBALADEJO, pp. 452 ss., y la generalidad de la doctrina. En igual sentido nuestra jurisprudencia: la sen-

de la remisión que hace el artículo 1.568 al 1.182 del Código civil. Esta interpretación se acomoda a los antecedentes históricos de los citados artículos. En relación con el artículo 1.499 del Proyecto de 1851, que coincide sustancialmente con el artículo 1568 de nuestro Código civil, García Goyena precisa que es una consecuencia o aplicación de las reglas generales a que se refiere, y por esto ha sido suprimido en algunos Códigos: arriendo se resuelve y extingue como las demás obligaciones. El artículo 1.741 del *Code de Napoleón*, que fue tenido en cuenta por nuestros codificadores, establece que «*le contrat de louage se resout par la perte de la chose louée*». En el comentario al párrafo 1 del artículo 1.160 del Proyecto de 1851, que coincide con el artículo 1.180 de nuestro Código civil, García Goyena afirma que «para la validez de un contrato es requisito indispensable que haya materia u objeto, según el artículo 985: pereciendo, pues, la cosa que era materia del mismo, se extingue necesariamente la obligación, salvo que ésta, en los casos del párrafo 2.º, se convierte en la de indemnización.

Al haberse extinguido la relación arrendaticia por una causa que no es imputable al arrendatario (por caso fortuito o fuerza mayor), lo lógico es que el arrendatario quede liberado de la obligación de pagar al arrendador las mensualidades no vencidas. Esta solución está en consonancia con el carácter bilateral del arrendamiento, pues la causa del pago de la merced arrendaticia se encuentra en el goce de los bienes arrendados. Si esto es así, choca extraordinariamente con lo afirmado que, en el *leasing* financiero, el usuario (arrendatario) deba seguir pagando a la sociedad de *leasing* las mensualidades, no pudiendo gozar de los bienes que constituyen el objeto del contrato, porque han perecido por caso fortuito o fuerza mayor. El usuario soporta las obligaciones que derivan del contrato, ya que debe seguir pagando las mensualidades y, sin embargo, no goza de los bienes que son el objeto del contrato. Nótese que al no poder gozar el usuario de los bienes falta la causa que justifica el pago de las mensualidades (cfr. artículo 1.274 del Código civil, que se refiere a la causa de los contratos onerosos). Planteada de esta forma la cuestión, parece, a primera vista, que tienen razón los autores que ponen en duda la validez de la citada cláusula, por ser contraria a la propia esencia del contrato de arrendamiento, del que derivan obligaciones para ambas partes (el arrendatario está obligado a pagar la renta porque goza de los bienes arrendados); o bien, tienen razón aquellos autores que afirman que el *leasing* financiero es un contrato *sui generis* o una compraventa, ya que el usuario soporta el riesgo del perecimiento de la cosa como si fuese el propietario (*res perit domino*). Sin embargo, nosotros pensamos que, al pensar de la manera citada, no se tiene en cuenta algo muy importante: en las condiciones generales del *leasing* financiero, se prevé el

tencia de 3 de marzo de 1958 declara que al perecer por caso fortuito la cosa arrendada, el contrato quedó resuelto de pleno derecho, por ser éste el objeto esencial para su existencia, conforme a lo establecido en el artículo 1.568, en relación con 1.182 y 1.183 del Código civil.

aseguramiento de los bienes. Con acierto, Vidal Blanco, el equipo formado por Iglesias Prada, bajo la dirección de Menéndez, Bey y otros autores, tienen en cuenta esta circunstancia. La validez de la citada cláusula y su sentido en el marco de la calificación arrendaticia del *leasing* financiero, se justifica, como dice Vidal Blanco, en la suscripción del seguro de los bienes por el usuario, el cual al hacerse a nombre de la sociedad de *leasing* como beneficiaria, permite la reposición de los bienes en cuestión, evitándose la situación de que se mantenga la obligación de pago de un arrendamiento que no tiene la contrapartida del uso de los bienes arrendados. En nuestro país, podemos citar para evidenciar lo que acabamos de decir, la siguiente cláusula de las condiciones generales de Uninter: «El cliente asume todos los riesgos de daños y de pérdida total o parcial del material, cualquiera que sea la causa a que respondan, incluso el caso fortuito. Para garantizar a Uninter la eventual realización de la responsabilidad que asume el cliente, se concertará a cargo de éste, y a satisfacción de Uninter, una póliza de seguros que cubra aquellos riesgos... En caso de que no quedara enteramente cubierto por la póliza de seguro, el cliente debe completar a sus expensas la *sustitución del material siniestrado*... En caso de insuficiencia en la indemnización pagada por la compañía de seguros por un siniestro parcial, el cliente se obliga a completar a sus expensas la completa reparación de material...».

Esta cláusula y otras similares que podríamos mencionar, evidencian que lo recibido de la entidad aseguradora se ha de destinar obligatoriamente a la reposición de los bienes siniestrados. Estructurado de esta manera el negocio, parece indudable que, en tanto no se produzca la reparación de los bienes siniestrados, no puede reclamarse al usuario que abone las mensualidades. El carácter arrendaticio del *leasing* financiero motiva que el usuario sólo debe pagar éstas, cuando goza de los bienes.

6. *La falta de pago puntual de alguna mensualidad justifica la resolución del contrato de «leasing» financiero, la devolución de los bienes y el pago inmediato de una parte importante de las mensualidades no vencidas* (211).

A) *La tesis de Giovanoli*.—En el caso señalado, este autor (212) no pone ninguna dificultad a la plena validez de la resolución del contrato de *leasing* financiero y a la devolución de los bienes a la sociedad de *leasing*; los problemas surgen en torno a la justificación del pago inmediato de una parte importante de las mensualidades no vencidas. Estamos en presencia de una cláusula penal, lo que determina que, al ser el *leasing* financiero una especie de garantía real, deba examinarse desde una nueva perspectiva: la prohibición del pacto comisorio. Se sabe que la mayor parte de las legislaciones establecen la nulidad de la

(211) Referencia en MARTÍN OVIEDO (*El «leasing»...*, pp. 160, 171, 190 y 197), que recoge las condiciones generales de las principales sociedades de *leasing* españolas.

(212) GIOVANOLI, *Le crédit-bail...*, pp. 396-398.

cláusula que autoriza al acreedor a apropiarse de la cosa entregada en garantía, cuando el deudor no cumple su obligación. A menos que queramos negar la función de garantía real del *leasing* financiero, la aproximación de la citada cláusula al pacto comisorio es indudable.

En el Derecho italiano, Glarizia (213), que como hemos visto califica al *leasing* financiero de la misma manera que Giovanoli, plantea el problema de una manera similar. Alude a la posibilidad de aplicar la prohibición del pacto comisorio, sancionado por los artículos 1.963 y 2.744 del Código civil italiano, al *leasing* financiero. Este autor soluciona el problema planteado, diciendo que no puede aplicarse indiscriminadamente el pacto comisorio, puesto que esto comporta el riesgo de declarar nulos unos contratos (los de *leasing*) que operan en la práctica con notable utilidad para la economía.

B) *Derecho francés*.—Se observa una amplia polémica, doctrinal y jurisprudencial, en torno a la validez de la referida cláusula. Existen opiniones divergentes en este punto y en lo referente a la posibilidad del juez de moderar el *quantum* de la pena convencional. Es necesario examinar separadamente ambas cuestiones jurídicas. a) *El problema de la validez de la citada cláusula*.—Un sector de la doctrina y de la jurisprudencia ha rechazado su pretendido carácter leonino o usurario. Bey (214), director de los servicios jurídicos del grupo «*Locafrance*», es el autor que con mayor énfasis trata de demostrar que esta cláusula no tiene carácter leonino o usurario. Señala que no puede aplicarse al *leasing* financiero, como se ha pretendido, lo dispuesto por el artículo 1.855 del Código civil francés, que prohíbe la atribución de la totalidad de los beneficios a uno de los socios y que uno sólo de éstos soporta el conjunto de las pérdidas. Señala Bey que este artículo traduce la colaboración de dos o más socios que ponen en común alguna cosa para repartirse las ganancias que puedan obtenerse. El citado artículo es perfectamente lógico en el contrato de sociedad, pero en un contrato sinalagmático, donde la prestación de uno justifica la del otro, no puede existir colaboración, ni acción común dirigida a un mismo fin. Por este motivo no puede entenderse que la citada cláusula es leonina. En apoyo de esta tesis, Bey cita la doctrina de las sentencias de los Tribunales de Gran Instancia de Seine, de 5 de abril de 1965, y del Havre, de 5 de junio de 1969. Trata igualmente de rebatir lo afirmado por el Tribunal de Comercio de Versailles, en la importante sentencia de 15 de enero de 1969. Esta sentencia afirma que es un contrato leonino, puesto que es una convención que procura todas las ventajas a una de las partes (la sociedad de *leasing*), recibiendo la otra una compensación insignificante. Por consiguiente, debe ser rechazado que unas sociedades poderosas, como son las que practican el *leasing*, impongan condiciones muy gravosas a empresarios que tienen necesidad de obtener un material apropiado a sus necesidades y no son suficientemente conscientes de las consecuencias de la posible insolvencia fu-

(213) CLARIZIA, *Alcune considerazioni...*, p. 472.

(214) BEY, *De la symbiotique...*, pp. 204-206.

tura. En conclusión, la aplicación íntegra del contrato, calificado de leonino, procuraría a «Locafrance» (la sociedad de *leasing*) un enriquecimiento sin causa, puesto que recibiría, por el juego de la cláusula, el pago de las máquinas y además su propiedad.

Bey va a tratar de rebatir cada uno de los argumentos de la sentencia. El cliente no es una víctima del poder financiero de la sociedad de *leasing*. Es necesario recordar que la clientela es numerosa y variada. Al generalizar, el Tribunal ignora el comportamiento real de las sociedades de *leasing*, que suelen reducir el montante de la indemnización, a la cual dan el carácter de garantía de la buena ejecución del contrato. Tampoco debe olvidarse que el material que ha de restituirse tiene generalmente un valor muy escaso. Al afirmar que las sociedades de *leasing* imponen unas condiciones de muy graves consecuencias, desconoce este Tribunal la existencia del contrato, en el cual las partes definen las condiciones particulares y derogatorias de las disposiciones legales de mutuo acuerdo, teniendo el arrendatario (el usuario) la posibilidad de proponer la reducción e incluso la supresión pura y simple de la cláusula penal. En fin, es exorbitante, bajo pretexto de inequidad, el pretender que la sociedad de *leasing* tenga que soportar las consecuencias de la culpa de su contratante (el usuario), cuando ha ejecutado de la manera convenida sus obligaciones, al entregar la cosa arrendada, después de haber pagado el precio (al suministrador) y asegurado un goce apacible de ésta.

Malaurie (215) critica la doctrina de la sentencia de la Corte de Apelación de París, de 4 de marzo de 1971, y la opinión de Boccara (216), que afirma que la citada cláusula carece de causa. Según el razonamiento de este autor —afirma Malaurie—, cuando la sociedad de *leasing* resuelve el contrato, conserva sus derechos, pues el usuario sigue obligado a pagarle las mensualidades no vencidas bajo la forma de indemnización, mientras que el usuario pierde sus derechos, ya que restituye el material que gozaba, conservando sus obligaciones (el pago del alquiler). En realidad, la obligación del usuario carece de causa, pues él paga sin contrapartida.

Malaurie considera poco convincente la argumentación de Boccara. Este autor parte de unas premisas erróneas, que, además, conducen a un resultado peligroso a) Cuando son idénticos el montante de la indemnización debida en concepto de cláusula penal y el de las mensualidades no vencidas, existe en ellos una diferencia de naturaleza que no es sólo un artificio de redacción, sino de causa: el primero es debido por la ejecución del contrato; el segundo, por su inexecución. El alquiler tiene su causa en el goce del material (se podría decir que tiene su causa en el contrato); la indemnización tiene su causa en la resolución (se podría decir que tiene su causa en la cláusula penal). Por ello, la pena puede acumularse con la resolución, porque el acree-

(215) MALAURIE, *Note sous Paris, 4 mars 1971*, en Recueil Dalloz Sirey, 1972, pp. 582-585.

(216) BOCCARA, *La liquidation de la clause pénale et la querelle séculaire de l'art. 1231 C civ.*, en *Juris Classeur Périodique*, 1970, I, 2294.

dor (la sociedad de *leasing*) puede experimentar un perjuicio por la propia resolución (*cfr.* art. 1.184). La única cuestión consiste en determinar si esta pena puede ser igual al montante de la ejecución. ¿Por qué no? Puede suceder que los daños y perjuicios sean establecidos por el juez en igual montante que el de la prestación inejecutada; b) En sus resultados, la tesis citada es peligrosa. De una parte, determina la nulidad de la cláusula penal por falta de causa, mientras que lo deseado es la moderación de la pena convencional excesiva. De otra parte, no se limita a las cláusulas penales abusivas, sino que implica una expansión considerable del controla judicial. No obstante, el principio de nuestro Derecho es el de que las partes fijan libremente el contenido de su contrato; ellas son las que determinan las causas de sus obligaciones, es decir, el peso y el contrapeso de sus vínculos, o sea, ellas son los únicos jueces de sus intereses.

En el comentario a la sentencia de la Corte de Casación francesa de 9 de octubre de 1972 (217), Malaurie expone un punto de vista semejante al de Bey, cuando rechaza el argumento sociológico de que las poderosas sociedades de *leasing* imponen unas cláusulas penales draconianas a sus clientes; éstas son el medio —se dice— a través del cual el «grande» tiene a su merced al «pequeño». Piensa este autor que esto no es siempre cierto; a veces, el cliente de la sociedad de *leasing* es un empresario importante, que puede perfectamente defender sus intereses; también sucede que está garantizado por un banco, que soporta la pena, e incluso, a veces, la cláusula penal se estipula en interés del contratante más débil.

La mayor parte de los Tribunales franceses han negado que la citada cláusula tenga carácter usurario. En este sentido, las sentencias de la Corte de Casación de 22 de mayo de 1967, 10 de octubre de 1967, 12 de abril de 1972 y de otros Tribunales inferiores, como el Tribunal de Gran Instancia de Havre, que pone de relieve, en la sentencia de 5 de junio de 1969, que el *leasing* no es un préstamo, sino un arrendamiento, por lo que la legislación de la usura no le es aplicable.

Frente a la tesis descrita, se ha destacado que la aplicación de esta cláusula determina que el usuario se encuentre en una situación dramática, ya que debe abonar anticipadamente una parte importante de las mensualidades no vencidas —suma de dinero muy elevada—, y además es privado de los bienes que constituyen el elemento básico de su actividad productiva. Por ello, como hemos visto, algunos autores y sentencias han afirmado que la citada cláusula tiene carácter leonino o usurario. En este sentido, Boccara, cuya opinión ya hemos reproducido, Chabas (218) que destaca la aparición de nuevos contratos, como el *leasing* y el *renting*, en los que se estipulan cláusulas penales verda-

(217) MALAURIE, *Note sous Cass com*, 9 oct 1972, en Recueil Dalloz Sirey, 1972, pp. 730-731.

(218) CHABAS, *La réforme de la clause penal*, en Recueil Dalloz Sirey, *chronique*, 1976, pp. 229-232. También en H. L. y J. MAZEAUD y CHABAS, *Leçons de Droit Civil. Les Obligations. Théorie Générale*. I. Paris, 1978, p. 757.

deramente leoninas, y Cornu (219). Recuerda este profesor de la Universidad de París a la sentencia del Tribunal de Pau, de 30 de abril de 1970, que establece que las cláusulas abusivas penales pueden ser anuladas por ausencia de causa y violación del artículo 1.184 del Código civil (en el caso en que la enormidad de la pena implique una suerte de acumulación de ventajas de la resolución y de la ejecución integral), o por causa ilícita. Cornu formula los siguientes interrogantes: ¿por qué no ha de acudirse sencillamente al abuso de derecho o al fraude a la ley?; ¿por qué sólo ha de apreciarse el carácter leonino de un contrato en función de la ejecución normal de éste? Es preciso desacralizar la cláusula penal cuando es manifiestamente abusiva. Como dice la sabiduría popular: *trop c'est trop*. Este autor pone de relieve que estamos en presencia de un contrato de adhesión, y que una de las partes goza de una situación de predominio. En un estudio posterior (220), desarrolla esta idea, aludiendo al peligro que entraña el respeto sagrado a la ley de las partes. La supuesta libertad es un mito cuando todas las circunstancias demuestran que la cláusula («penal») no procede de un libre debate, sino de la adhesión forzosa del arrendatario a la ley del arrendador; en este caso, existe una falta de libertad que pesa sobre el derecho de resolución del arrendatario y que, asociada a los restantes elementos, puede evidenciar el carácter leonino y excesivo del conjunto.

No faltan sentencias de los Tribunales franceses que adoptan esta solución. Además de la sentencia del Tribunal de Comercio de Versailles, de 15 de enero de 1969, y la sentencia citada por Cornu, pueden mencionarse las sentencias siguientes: la del Tribunal de Gran Instancia de Bergerac, de 26 de marzo de 1969 y las de la Corte de Apelación de París, de 4 de marzo de 1971 y 24 de junio de 1970.

b) *La reducción de la pena convencional por el juez*—El problema que plantea la citada cláusula ha sido enfocado por un sector de la doctrina francesa desde otra perspectiva. Se cuestiona si el juez puede reducir la cuantía de la pena convencional, si estima que tiene carácter excesivo. La mayor parte de los autores y Tribunales que han planteado de esta manera el problema, se han pronunciado con anterioridad a la ley de 9 de julio de 1975, que reformó el texto de los artículos 1.152 y 1.231 del Código civil francés. El artículo 1.231 prevé en su redacción primitiva que «la pena puede ser modificada por el juez cuando la obligación ha sido ejecutada en parte». Bey (221) expone una serie de argumentos en contra de la aplicación de este artículo al *leasing*. Señala que es necesario, para que el poder de moderación del juez pueda ser ejercido, que la obligación sea susceptible de ejecución parcial. Sucede, sin embargo, que el *leasing* financiero

(219) CORNU, *De l'enormité des peines stipulées en cas d'inexécution partielle du contrat de crédit-bail*, en la Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1971, p. 170.

(220) CORNU, *Tentatives prétoriennes des juges du fond contre les clauses penales léonines*, en la Revue Trimestrielle de Droit Civile, 1975, p. 132.

(221) BEY, *De la symbiotique...*, pp. 206-208.

genera una obligación indivisible, pues la economía global de este contrato se opone a una ejecución fragmentada. En rigor, el conjunto de los pagos es debido por el usuario desde el comienzo de la operación, sin que tenga importancia, en este sentido, que su desembolso sea escalonado. Finalmente, afirma que, en realidad, las propias partes han fijado una regla de proporcionalidad de la pena al establecer su montante en relación a las mensualidades pendientes, de tal manera que con cada ejecución parcial de la prestación prometida se reduce este *quantum*, sin ninguna intervención del juez y con perfecta aplicación del artículo 1.134 del Código civil.

Malaurie (222) afirma que el centro de la discusión se encuentra en el artículo 1.231. Este autor parte de la base de que no tiene carácter imperativo, de acuerdo con una jurisprudencia constante. La cuestión reside en saber si esta norma legal es descartada en el *leasing* financiero, porque no existe ejecución parcial (tesis de Bey) o porque las estipulaciones de este contrato descartan su aplicación. Este autor no comparte el punto de vista de Bey, cuando niega la posibilidad de ejecución parcial de la prestación en el *leasing*. Hay ejecución parcial desde el instante en que el acreedor ha realizado una parte de la prestación, lo que sucede en el *leasing* financiero cuando el usuario ha pagado a la sociedad de *leasing* las primeras mensualidades. Para Malaurie, no se aplica el artículo 1.231 del Código civil francés, porque la economía global del *leasing* financiero excluye su aplicación. La cláusula que fija la pena en proporción con el alcance de la inejecución, adapta la pena a la ejecución parcial y, precisamente, aplica el propio mecanismo previsto por el artículo 1.231. La exigencia, además, de una derogación expresa de este texto, sería imponer un formalismo incompatible con el consensualismo de nuestro Derecho y dejar sin sentido la cláusula.

Según Hemard (223), las decisiones de los Tribunales que aplican el artículo 1.231 no son convincentes; basta que las partes excluyan su aplicación para que la cláusula penal tenga pleno efecto.

Coillot (224) señala que la cantidad prevista está fijada desde el origen y no puede, bajo pretexto de inequidad, ser reducida por el juez.

Para Houin (225), la sociedad de *leasing*, que recupera el material alquilado antes de finalizar el plazo de arriendo, se arriesga a no poder revender el material usado, lo que justifica perfectamente una indemnización contractual igual al montante de los alquileres restantes.

En el terreno jurisprudencial, la sentencia de 10 de junio de 1972 de la Corte de Casación (226) establece una doctrina similar a la de

(222) MALAURIE, *Note sous Cass com*, 4 juill 1972, en Recueil Dalloz Sirey, 1972, pp. 732-733.

(223) HEMARD, *Pouvoir du juge de réduire ou non la clause pénale stipulée*, en la Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1970, pp. 190-191.

(224) COILLOT, *Initiation...*, p. 180.

(225) HOUIN, *Note Concernant Versailles*, 2 février 1966, en la Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1966, pp. 140-141.

(226) En Recueil Dalloz Sirey, 1972, pp. 728-730, con nota de MALAURIE.

Malaurie. Se afirma en la misma que cuando las partes han previsto expresamente las consecuencias de la inejecución parcial, el artículo 1.231 no es aplicable. En cambio, la sentencia de la Corte de Toulouse de 8 de mayo de 1970 (227), no aplica el artículo 1.231, porque la obligación del usuario es indivisible; no es susceptible de cumplimiento parcial.

Seguramente, la sentencia del Tribunal Comercial de Versailles, de 2 de febrero de 1966 (228), es la decisión que, en esta materia, ha llamado más la atención. Esta sentencia no puso reparos a que una sociedad de *leasing* produjese la quiebra del usuario por el importe elevadísimo de la cláusula penal (la totalidad de los alquileres que quedaban por vencer) y la recuperación del material. Este Tribunal consideró que el juez no está autorizado para revisar el importe de la pena convencional.

Con posterioridad a la Ley de 9 de julio de 1975, que reforma el texto de los artículos 1.231 y 1.152 del Código civil francés, se sigue manteniendo una solución análoga. Dispone el artículo 1.231 que «cuando la obligación ha sido ejecutada en parte, la pena convenida puede ser disminuida por el juez en proporción al interés que la ejecución parcial ha procurado al acreedor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1.152. Toda estipulación en contra debe reputarse no escrita». Establece el nuevo artículo 1.152 que el «juez puede modificar o aumentar la pena antes convenida cuando es manifiestamente excesiva o insignificante. Toda estipulación en contrario debe reputarse no escrita».

Bey (229), en el comentario a la sentencia de la Corte de Casación de 20 de junio de 1977, que rechaza la tesis del carácter indivisible de la prestación del usuario, vuelve a destacar el carácter indivisible de dicha prestación y, por tanto, la inaplicación de los artículos 1.231 y 1.152 del Código civil.

Los argumentos esgrimidos por Bey, Malaurie y las sentencias citadas, han sido rebatidos con diversos argumentos, antes y después de la publicación de la citada ley de 9 de julio de 1975. Con anterioridad a esta ley, destacan los análisis de Boccara (230) y Cornu (231). En ellos, rechazan categóricamente la afirmación de que el contrato de *leasing* no es susceptible, por su naturaleza, de una ejecución parcial. Concretamente, dice Cornu, excelente jurista francés, que en las relaciones entre deudor y acreedor es adivinatoria, e incluso contradictorio, admitir una indivisibilidad «intelectual», cuando el control prevé el escalonamiento de los pagos, tipo de ejecución parcial en el sentido del artículo 1.231, y que cuando se trate de saber en qué casos la consideración de lo que ha sido parcialmente pagado por el deudor

(227) En *Juris Classeur Periodique*, 1970, II, 16481, con nota de BEY.

(228) En *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1966, pp. 140-141, con nota de HOUTIN.

(229) BEY, en *Juris Classeur Periodique*, 1979, II, 19117.

(230) BOCCARA, *Nota a la sentencia del Tribunal Comercial de Grenoble*, 12 de mayo de 1979, en *Juris Classeur Periodique*, 1979, II, 16155.

(231) CORNU, *De l'enormité...*, pp. 170-171.

puede justificar, de parte del juez, una moderación de la pena, es absurdo asimilar a cero lo que realmente ha pagado el deudor; es decir, fundarse en la pretendida imposibilidad jurídica de una ejecución parcial, para negar la realidad económica patente de un pago efectivo.

Con posterioridad a la Ley de 9 de julio de 1975, este punto de vista ha ganado numerosos adeptos y, sobre todo, ha sido reiteradamente aceptado por la Corte de Casación. Weill y Terré (232) y Carbonnier (233) se refieren al carácter excesivo de las cláusulas penales que aparecen en el *leasing* y en el *renting*. H. J. y L. Mazeaud y Chabas (234) señalan que el reenvío del artículo 1.231 al 1.152 evita claramente que la cláusula penal, incluida en el *leasing* financiero, quede al margen del control judicial. Finalmente, Landraud (235) ha destacado el papel fundamental de la equidad en la solución de este problema. Indudablemente, se tiene el sentimiento de que la equidad es sacrificada cuando se examinan las obligaciones del arrendatario (el usuario). El medio utilizado es el principio de la autonomía privada: los arrendatarios, con conocimiento de causa, aceptan la citada cláusula y, por ello —se dice— no pueden después desconocerla. Frente a este argumento, Landraud formula la siguiente pregunta: ¿Cuántas veces ha intervenido el legislador en la esfera contractual, sin importarle el artículo 1.134, para asegurar la protección de la parte más débil en lo que se ha convenido en llamar «los contratos de adhesión»? Aquí, al contrario, se pone delante el mismo principio para impedir todo control del contrato. Ciertamente, no corresponde a los Tribunales el sustituir al legislador; pero es deseable, en nombre de la equidad, moderar las pretensiones de los arrendadores (las sociedades de *leasing*). Se dice que estos contratos son celebrados por comerciantes que tienen aptitud para proteger sus intereses sin necesidad de los Tribunales, pero no puede olvidarse la extensión considerable del *leasing* o *crédit-bail* a los que están fuera del mundo de los negocios. ¿Quién puede afirmar que un simple particular que celebre un *leasing* para adquirir un automóvil, no es una víctima de este sistema? Según Landraud, las sociedades de *leasing* acumulan demasiadas ventajas, y son necesarios otros argumentos, que los vanamente buscados, para convencernos del carácter equitativo de la operación.

La jurisprudencia francesa, a partir de la Ley de 9 de julio de 1975, afirma reiteradamente el poder de moderación del juez, cuando la cuantía de la cláusula penal es excesiva. En este sentido, la sentencia de la Corte de Casación de 20 de junio de 1977, que rechaza la tesis de la indivisibilidad. Afirma que la obligación que incumbe al usuario de pagar el alquiler es, por naturaleza, divisible y susceptible de ejecución parcial (236).

(232) WEILL-TERRE, *Droit Civil. Obligations*, París, 1975, pp. 516-517.

(233) CARBONNIER, *Droit Civil. Obligations*, IV, París, 1976, p. 285.

(234) H. L. y J. MAZEAUD y CHAFAS, *Leçons...*, p. 750.

(235) LANDRAUD, *Nota a la sentencia de la Corte de Casación de 6 de diciembre de 1978*, en *Recueil Dalloz Sirey*, 1980, p. 219.

(236) *En Juris Classeur Périodique*, 1979, II, 19117, con nota de BEY.

C) *Derecho alemán*.—Con anterioridad a la publicación de la *AGB-Gesetz*, un importante sector de la doctrina alemana justificó la validez de la citada cláusula, diciendo que es una garantía necesaria para la sociedad de *leasing*, que a menudo tiene que solicitar un préstamo para financiar la operación de *leasing* financiero (237). De esta manera se asegura el pago regular de las mensualidades por el usuario (238). Reimer Schmidt (239) ha precisado que esta cláusula sólo puede explicarse por ser una contrapartida a la posibilidad del usuario de adquirir los bienes. Por ello, sólo tiene justificación si se establece un derecho de opción de compra en favor del usuario, o una reglamentación que determine que los bienes, una vez cumplido el plazo establecido y cumplidas las obligaciones por el usuario, pasan al dominio de éste.

Con posterioridad a la publicación de la *AGB-Gesetz*, la validez de esta cláusula ha sido cuestionada. En el marco de las condiciones generales se ha afirmado su nulidad, por aplicación de los párrafos 9 y 11, cuando el usuario no es comerciante (240). El *Bundesgerichtshof*, en la Sentencia de 5 de abril de 1978 (241), después de descartar la aplicación de la *Abzahlungsgesetz*, de 3 de diciembre de 1976, ha anulado la cláusula de las condiciones generales que confiere a la sociedad de *leasing*, en caso de falta de pago del usuario no comerciante, la doble facultad de exigir inmediatamente la totalidad de las mensualidades que quedan por pagar y de resolver, al mismo tiempo, el contrato, recuperando los bienes financiados. El *Bundesgerichtshof* estima que esta acumulación es inconciliable con el carácter bilateral del contrato de arrendamiento, en el que el alquiler es la contrapartida a la cesión del uso.

No es extraño que diversas sociedades de *leasing* alemanas hayan modificado el tenor de esta cláusula, estableciendo que, en el caso de falta de pago del usuario, la sociedad de *leasing*, que ha resuelto el contrato y recobrado los bienes, tiene derecho a recibir el importe de las mensualidades no vencidas, pero con reducción del producto de la venta de los bienes.

D) *Derecho español*.—En nuestro Derecho, no existe aún jurisprudencia en este punto. En cambio, algunos autores cuestionan la va-

(237) No suelen tener dificultades para obtener dicho préstamo, porque están en íntima relación con las cajas de ahorro y las entidades bancarias. *La deutsche Anlagen-Leasing BmbH, Mainz*, es controlada por los *Gronzen-tralen*; la *Kommanditgesellschaft Allgemeine Leasing, GmbH, Hamburger-München*, depende del *Dresdner Bank*, y la *Deutsche Gesellschaft für Immobilien und Anlagen-Leasing, mbH, Düsseldorf*, es controlada por el *Deutsche Bank* y el *Commerzbank*. La inmensa mayoría de las operaciones de leasing financiero son financiadas casi exclusivamente con créditos bancarios.

(238) FLUME, *Das Rechtsverhältnis...*, pp. 20 ss. También en *Der Betrieb*, 1972, pp. 59-60.

(239) REIMER SCHMIDT, *Rationalisierung und Provatrict*, en *Archiv für zivilistische Praxis*, 1966, p. 11.

(240) EBENROTH, *Inhaltliche...*, pp. 2114-2115 y KUMMER, en *SOERGEL...*, p. 66.

(241) En *Neue Juristische Wochenschrift*, 1978, pp. 1432-1434.

lidez de la tan citada cláusula. Martín Oviedo (242) la justifica porque es la contrapartida a los grandes riesgos que asume la sociedad de *leasing*. El hecho de que la sociedad de *leasing* establezca la cuantía de la indemnización, es una ventaja importante (para la sociedad de *leasing*), ya que hurta a la posible discusión ante un Tribunal el importe de tales «daños y perjuicios». Además, esto es consecuencia de un principio que no se articula del mismo modo, ni con una misma intensidad, en los diferentes ordenamientos jurídicos; a saber, el de la exigibilidad de las obligaciones pendientes (anticipación de la exigibilidad, más exactamente) en caso de incumplimiento de la otra previa. Este pacto debe reputarse lícito en nuestro Derecho (ex artículo 1.255 del Código civil).

Vidal Blanco (243) se limita a considerar esta cláusula como «penal», sin cuestionar su licitud.

Según López Iranzo (244), el pacto de exigibilidad de las obligaciones pendientes como indemnización en caso de incumplimiento de otra u otras previas, es un pacto que ha de considerarse lícito al amparo del artículo 1.255 del Código civil.

Finalmente, De la Cuesta Rute (245) pone de relieve que las cuestiones más graves afectan, sin duda, a la condición resolutoria expresa y a las penas convencionales. Al considerar que el *leasing* cumple la finalidad económica de la venta de bienes muebles a plazos, aplica la Ley de 17 de julio de 1965. Esta cláusula está en contradicción con algunas normas imperativas de esta ley (artículo 11).

No existen sentencias, como hemos apuntado, que contemplen y solucionen este problema específicamente. Sólo tenemos conocimiento de la existencia de una sentencia del Tribunal Supremo que se refiera al *leasing* financiero: la de 28 de marzo de 1978, que comentamos en este ANUARIO (246).

En el ámbito de la venta a plazos es interesante destacar que la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1915 (247) señaló que cuando se pacta que de no satisfacer el comprador algún plazo del precio de una maquinaria ésta vuelva al vendedor, perdiendo aquél los plazos entregados y abonando, además, los restantes al completo pago, se trata de una cláusula penal que sustituye a la indemnización de daños y abonos de intereses, siquiera y aun sin petición de las partes y en uso de la facultad que otorga el artículo 1.154 pueda el Tribunal modificar equitativamente la pena concediendo un plazo al comprador para que realice el pago, pasado el cual se aplicará estrictamente la pena.

También merece destacarse la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de enero de 1945 (248), que se refiere a la cláusula penal que esta-

(242) MARTÍN OVIEDO, *El «leasing»...*, p. 66, nota 123.

(243) VIDAL BLANCO, *El «leasing»...*, p. 102.

(244) LÓPEZ IRANZO, *Estudio jurídico...*, p. 315.

(245) DE LA CUESTA RUTE, *Reflexiones...*, pp. 615 ss.

(246) Este ANUARIO, 1980, III, pp. 759 ss.

(247) Jurisprudencia civil. Edición Oficial, núm. 151.

(248) Jurisprudencia civil. Edición Oficial, núm. 10.

mos examinando en el supuesto de venta a plazos de inmuebles. Según nuestro Tribunal Supremo, pactada en un contrato de compraventa con precio aplazado la condición resolutoria de la compra, con la pérdida por el comprador de la parte del precio satisfecha, para el caso de que no se paguen el precio y los intereses en los plazos anuales convenidos, se está en presencia de una cláusula penal, no precisamente por haberse estipulado una condición resolutoria, pero sí por la regulación de sus efectos, que rebasan el marco normal en que los encuadra el Derecho civil e implican una posible agravación de responsabilidad del deudor, bien manifiesta en el caso litigioso, en que, cumpliendo rígidamente el convenio, se quedaría sin fincas compradas y sin el precio satisfecho en gran porcentaje; no tratándose en tal caso de una figura de adquisición de derecho condicional, regido por las normas generales de la contratación que ordenan el cumplimiento estricto del pacto, sino de una cláusula penal prevista por el artículo 1.152 del Código civil, para cuyo supuesto es innegable la soberana facultad del Tribunal «a quo» para moderar equivalente la responsabilidad del deudor, como norma de Derecho imperativo prevista por el artículo 1.154 del Código civil y aplicable a casos, como en el debatido, en que la obligación de pagar el precio aplazado y los intereses legales haya sido parcialmente cumplida, acomodándose tal aplicación del mencionado precepto a las circunstancias concurrentes en el caso concreto y especialmente al grado de culpa y a la intensidad del perjuicio causado.

F) *Opinión personal.*—La tesis de Giovanoli y Clarizia tiene poco sentido si el *leasing* financiero es calificado como arrendamiento especial. El propio Giovanoli lo reconoce, al decir que sólo puede plantearse la cuestión del pacto comisorio en el cuadro de la prenda o de otra garantía real; en modo alguno, en el ámbito del arrendamiento (249). Esto es muy claro en nuestro Derecho. El artículo 1.859 del Código civil se refiere sólo a la prenda y la hipoteca, al disponer que «el acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas». Se prohíbe en este precepto el pacto comisorio, de acuerdo con una tradición que proviene del Derecho romano (250).

(249) GIOVANOLI, *Le crédit-bail...*, p. 253, nota 97.

(250) En Roma, por virtud del pacto comisorio, las partes convenían en que el acreedor, si vencida la obligación no era satisfecho, se hiciera dueño de los bienes empeñados o hipotecados. Este pacto era altamente perjudicial para los deudores, los cuales normalmente daban en prenda cosas de mucho más valor que el importe de la obligación que aseguraban, y otras veces lo hacían acuciados por la necesidad. Por este motivo, a pesar de haberse considerado lícito durante la época clásica, fue prohibido dicho pacto por el emperador Constantino en el año 326 (C. Th., 3.2.1 = C. 8.34.3) (Cfr., KASER, *Römisches Privatrecht*, 11 ed., München, 1979, p. 129; VOLTERRA, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, Roma, 1967, p. 433). De aquí paso a Las Partidas (P. 5.13.41 y 42). El Proyecto de 1851 acepta esta solución en los artículos 1775 y 1806. En el comentario al artículo 1775, GARCÍA GOYENA (*Concordancias...*, IV) explica ampliamente las razones de la prohibición. Una vez publicado nuestro Código civil, MANRESA (*Comentarios al Código civil*, XII,

A nuestro juicio, la resolución del contrato de *leasing* financiero puede ser admitida, porque se basa en el incumplimiento por el usuario de a obligación de pago del precio en el tiempo y lugar fijados. El problema surge cuando se acuerda que el usuario tiene que pagar a la sociedad de *leasing* una parte importante (a veces, incluso, la totalidad) de las mensualidades no vencidas. En el *leasing* financiero se establece una auténtica cláusula penal, que sustituye a la indemnización de daños y perjuicios y el abono de intereses. La cláusula penal existe, no precisamente por haberse estipulado una condición resolutoria, sino, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de enero de 1945, por la regulación de sus efectos, que rebasan el marco normal en que los encuadra el Derecho civil e implican una posible agravación de responsabilidad del deudor... Si esto es así, lo lógico es considerar aplicable el artículo 1.154 del Código civil. Al tener naturaleza arrendaticia el *leasing* financiero, es indudable la aplicación de este artículo cuando el usuario ha abonado alguna mensualidad: la ejecución del contrato ha comenzado (251). Además, en el *leasing* financiero se sabe de antemano el número de mensualidades que tiene que pagar el usuario a la sociedad de *leasing* y el precio de la opción de compra, de tal suerte que el usuario puede adquirir la propiedad de los bienes si paga, en cualquier momento, la totalidad de las mensualidades y ejercita el derecho de opción de compra. Por este motivo, no son convincentes los argumentos esgrimidos por Bey Malaurie y otros autores para impedir que el juez pueda modificar equitativamente la pena convencional. Se basan en el carácter indivisible de la prestación del usuario, lo cual no encaja con el carácter arrendaticio del *leasing* financiero. También se dice que las partes excluyen la aplicación del artículo 1.231 del Código civil francés, que establece el poder de moderación del juez. Tiene razón Cornu al decir que es «adivinatorio», e incluso contradictorio, el afirmar una indivisibilidad «intelectual» cuando el contrato prevé el escalonamiento de los pagos. No puede afirmarse, en modo alguno, la imposibilidad de ejecución parcial del contrato de *leasing* financiero, cuando el usuario paga periódicamente las mensualidades, y, sobre todo, hay que tener en cuenta que el usuario puede pagar anticipadamente la totalidad de las mensualidades, adquiriendo la propiedad de los bienes.

El afirmar que las partes excluyen la aplicación del precepto que confiere al juez el poder de moderación de la pena convencional, cuan-

Madrid, 1907, p. 385) puntualiza que el artículo 1.859 está encaminado a evitar los muchos fraudes que en otro caso se podrían llevar a cabo, por ser en la generalidad de las veces superiores en valor a la deuda de los bienes en que se constituye la garantía.

(251) En la venta a plazos con cláusula penal, nuestro Tribunal Supremo entiende que la circunstancia de haberse pagado alguno de ellos es motivo o causa suficiente para que el Tribunal haya de considerar un cumplimiento parcial de la obligación principal, y pueda moderar la pena con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.154 del Código civil (Sentencia de 3 de julio de 1915 (Jurisprudencia Civil, Edición Oficial, núm. 151) y 8 de enero de 1945 (Jurisprudencia Civil, Edición Oficial, núm. 10)). Es indudable que algo semejante ocurre en el *leasing* financiero.

do es excesiva, tiene poco sentido en el Derecho francés con posterioridad a la Ley de 9 de julio de 1975, y en nuestro Derecho, porque el artículo 1.154 del Código civil tiene un marcado carácter imperativo. Esta conclusión se extrae de su propio tenor literal y de su finalidad. En este artículo se establece un auténtico deber del juez de modificar equitativamente la pena convencional, cuando la obligación principal ha sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.

El carácter imperativo del mencionado artículo se deduce de su propia dicción. En el mismo se emplea la voz «modificará», lo que indica que estamos en presencia de un deber del juez que tiene su fuente en la ley, y que, por tanto, está al margen de la autonomía de las partes. Es interesante destacar que el artículo 1.085 del Proyecto de 1851 estableció que «el juez *puede* modificar equitativamente la pena estipulada cuando la obligación principal se hubiese cumplido en parte y no en el todo». Sin embargo, el Anteproyecto de 1882-1888 modificó el citado artículo, al decir el 1.171 que el «juez *modificará* equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor». Idéntico texto aparece en el artículo 1.154 del Código civil.

De este breve examen se deduce que los redactores del Código civil abandonaron la solución que aparecería en el Proyecto de 1851, para imponer al juez el deber de modificar equitativamente la pena en el supuesto señalado. El artículo 1.154 hace una invocación a la equidad, lo que aconseja una interpretación conducente a que el juez deba modificar siempre la pena convencional cuando lo exija la equidad, sin tener en cuenta una estipulación de las partes dirigida a excluir la aplicación del mencionado artículo.

Nuestra jurisprudencia afirma de manera constante el carácter imperativo del artículo 1.154 del Código civil. En este sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de enero de 1945 (252), 1 de diciembre de 1965 (253), 3 de febrero de 1973 (254) y 6 de octubre de 1976 (253). Incluso algunas sentencias entienden que aunque no haya sido pedida por las partes el juez debe moderar equitativamente la cuantía de la pena convencional. Así, la sentencia de 3 de enero de 1964 (256).

Nuestra doctrina científica (257) afirma también el sentido imperativo del artículo 1.154 del Código civil.

En su tarea moderadora, el juez tendrá en cuenta los principios de la equidad (257 bis) que, como dice la sentencia del Tribunal Su-

(252) En Jurisprudencia Civil. Edición Oficial, núm. 10.

(253) En Jurisprudencia Civil. Edición Oficial, núm. 820.

(254) En Jurisprudencia Civil. Edición Oficial, núm. 47.

(255) En Jurisprudencia Civil. Edición Oficial, núm. 267.

(256) En Jurisprudencia Civil. Edición Oficial, núm. 3.

(257) Cfr., ALBALADEJO, *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. II-1.ª. La Obligación y el contrato en general*, Barcelona, 1980, p. 266; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, II, Madrid*, 1979, p. 194; LOBATO, *La cláusula penal en el Derecho español*, Pamplona, 1974, p. 169.

(257 bis) En el comentario al artículo 1.085 del Proyecto de 1851, afirmó GARCÍA GOYENA que el Juez, para la modificación de la pena, deberá tener en

premo de 10 de enero de 1945, son de libre y soberana aplicación por los Tribunales de instancia con arreglo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, pero singularmente el grado de culpa y la intención del perjuicio ocasionado (258).

A nuestro juicio, el juez habrá de tener presente que los bienes son recobrados por la sociedad de *leasing* (en virtud de la resolución del contrato) y que el usuario ha abonado a ésta una determinada suma de dinero. La actuación «equitativa» del juez, a que se refiere el artículo 1.154, evitará que el usuario, privado de los bienes, tenga que abonar a la sociedad de *leasing* una cuantía «excesiva». Cabe la posibilidad, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo (259), de que el juez establezca como forma de moderación el señalamiento de un nuevo plazo para cumplir.

ADDENDUM

En relación con la cuestión de la naturaleza jurídica del *leasing* o arrendamiento financiero, debemos señalar que, hallándose en pruebas el presente estudio, ha sido publicada la importantísima sentencia de 10 de abril de 1981, en la que nuestro Tribunal Supremo no considera aplicable la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles al *leasing* o arrendamiento financiero, salvo que bajo la aparición de este negocio complejo se oculte una auténtica venta a plazos de bienes muebles (simulación relativa). En el fascículo IV de este ANUARIO, año 1981, páginas 1096-1099, exponemos los hechos y la doctrina de esta sentencia. Además, la anotamos, poniéndola en relación con la sentencia de 28 de marzo de 1978.

Respecto al régimen fiscal del *leasing* o arrendamiento financiero, que fue objeto de nuestra atención, aunque brevemente, en la introducción de este estudio, es importante señalar que el día 6 de noviembre de 1981 apareció en el «B.O.E.» el Real Decreto de 19 de octubre de 1981, que aprueba el Reglamento del Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas. El artículo 21 de esta disposición legal somete el *leasing* o arrendamiento financiero al citado impuesto, de acuerdo con el criterio adoptado anteriormente por el Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977 y el Real Decreto de 31 de julio de 1980, a los que nos referimos en la introducción de este estudio.

cuenta la posición respectiva de las partes, y todas las condiciones de equidad que puedan ilustrar su prudente arbitrio.

(258) La equidad debe entenderse de acuerdo con los criterios objetivos de justicia, vigentes dentro de nuestra comunidad, con las convicciones imperantes dentro de la misma (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, p. 576).

(259) En este sentido, las sentencias de 5 de febrero de 1964 (Jurisprudencia Civil. Edición Oficial, núm. 57); 3 de julio de 1915 (Jurisprudencia Civil. Edición Oficial, núm. 151); 19 de mayo de 1958 (Jurisprudencia Civil. Edición Oficial, núm. 354).

VIDA JURIDICA

EL CODIGO CIVIL DE ANDRES BELLO Y LA UNIDAD DEL SISTEMA JURIDICO IBEROAMERICANO

JOSE MARIA CASTAN VAZQUEZ,
Secretario de la Comisión General de Codificación

SUMARIO: I. La comunidad hispanoamericana en el pensamiento de Bello.— II. Las aportaciones de Bello a la unidad de América: 1. La unidad por el lenguaje. 2. La unidad por el Derecho: A) Bello romanista e internacionalista. B) Bello civilista: el Código de Chile y su proyección: a) Fines de la obra legislativa de Bello. b) Fuentes de la obra legislativa de Bello. c) Originalidad de la obra legislativa de Bello. d) Repercusión de la obra legislativa de Bello. e) Papel del Código de Bello en el sistema jurídico iberoamericano.

En el presente año se cumplen los doscientos del nacimiento en Caracas de aquel jurista y humanista eminente que fue don Andrés Bello. Si su figura resiste el paso del tiempo sin caer, como tantas, en el olvido, su obra —en sus diversas vertientes— conserva indiscutido valor y mantiene actualidad y utilidad. Así, en el ámbito de las letras, su *Gramática de la Lengua Castellana* sigue siendo considerada por los filósofos como una de las mejores que nuestro idioma posee. Y en el ámbito del Derecho, la principal obra legislativa de Bello, el Código civil de Chile, sigue en vigor con escasas reformas y suministrando siempre los principios para la ordenación de la vida jurídica privada del pueblo chileno e incluso de otros pueblos que en mayor o menor medida se han inspirado desde el pasado siglo en la obra de Bello.

Justo es, pues, que el Bicentenario haya sido celebrado —tanto en Caracas y Santiago de Chile como en Madrid y Roma— con Congresos, Jornadas de Estudio y actos académicos. Las presentes notas, que reproducen esencialmente la comunicación aportada por el autor a una de aquellas celebraciones —el Congreso Internacional de Roma sobre «Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano»— se proponen contemplar la obra jurídica de Bello en su proyección continental, como un homenaje más, siquiera sea modesto, a los que don Andrés Bello está recibiendo con ocasión de su Bicentenario.

I. LA COMUNIDAD HISPANOAMERICANA EN EL PENSAMIENTO DE BELLO

El excepcional polígrafo que fue don Andrés Bello —muchas veces calificado, no sin razón, como Maestro de América— tuvo seguramente con-

ciencia del hecho de que los pueblos americanos de habla española forman, por encima de sus peculiaridades y de los Estados nacionales en que se organizaron políticamente tras la Independencia, una comunidad. Ese sentido de unidad se advierte en varios lugares de su ingente obra y, como trataré de poner de relieve, le inspiró un noble deseo de contribuir a la conservación y aun potenciación de los lazos existentes, de cara a un futuro que solamente podría ser brillante si las diferencias y rencillas se superaban en aras de una empresa común.

A esta orientación de su obra contribuyó probablemente su vida, con las circunstancias que la Providencia le trajo. En el pasado mes de octubre, el profesor Sandro Schipani, en su magistral intervención en las «Jornadas del Bicentenario de Andrés Bello», celebradas en Madrid bajo el patrocinio del Instituto de Cooperación Iberoamericana, examinaba el itinerario intelectual y científico de Bello. Yo ahora quisiera recordar, por un momento, el itinerario vital.

Muy conocido es el hecho de que la vida de Bello —tan extensa por su longevidad y tan fecunda por su laboriosidad— comprende tres etapas: la de Caracas, la de Londres y la de Santiago de Chile (1). Pues bien: la segunda fue la del estudio sereno y la de la nostalgia profunda de su Venezuela, que habría de expresar en algún poema. Fue la etapa que supuso, como recientemente ha señalado el eminente bellista Rafael Caldera, «la maceración del alma de Bello en Londres» (2). Pero acaso fue también la que le permitió, al contemplar América desde la lejanía, verla como una auténtica comunidad de pueblos.

Si Bello hubiera podido, como tanto deseó, regresar prontamente a su añorada Caracas, es probable que no hubiera llegado a captar la idea de la unidad americana. Muchos fueron, en efecto, los prohombres de la Independencia que, no habiendo salido de sus respectivos países, no llegaron a alcanzar una visión unitaria porque «los árboles no dejan ver el bosque». Bello, por su parte, al encontrarse largamente —e involuntariamente— lejos, pudo percibir que América era una. Y por ello cuando recibió la llamada chilena e inició, al aceptarla, el tercero y último período de su vida, lo hizo con la seguridad de incorporarse no a una tierra extranjera, sino a una parte de esa gran patria común cuya realidad había advertido desde Europa.

Así pudo don Andrés, humanista y jurista, asumir desde Chile la tarea trascendental: perfeccionar los lazos esenciales que unen a los americanos, como el lenguaje, y dotarles de los instrumentos jurídicos necesarios para su vida futura. Como escribe Pedro Grases, «las nuevas Repúblicas requerían de nuevos instrumentos de gobierno y de bases peculiares para su ordenación intelectual. Tal fue la empresa que se echó Bello sobre sus hombros» (3). ¿Quién como él estaba legitimado para llevarla adelante? Su

(1) Vid. R. CALDERA, *Caracas, Londres, Santiago de Chile tres etapas de la vida de Bello*, Caracas, 1981, págs. 7-8.

(2) R. CALDERA, *El hombre y su tiempo*. Ponencia en las Jornadas del Bicentenario de Andrés Bello, Madrid, octubre 1981, todavía inédita.

(3) P. GRASES, *Algunos temas de Bello*, Monte Avila Editores, Caracas, 1978, pág. 162. «Con clara visión del porvenir —añade Grases— Bello asentó los fundamentos para que el gran desarrollo moderno de los pueblos his-

independencia y su prolongado alejamiento le situaban fuera y por encima de las pasiones nacionalistas. Su talante moderado y abierto —la moderación y la tendencia al sincretismo son dos de las notas que el bellista chileno Gabriel Cuevas pone de relieve en la personalidad de Bello (4)— le legitimaban para dirigirse a todos. Y en esta entrega al servicio de América hay dos vertientes que se complementan y constituyen sendas aportaciones de Bello a la unidad de América: el lenguaje y el Derecho. Aludiré muy brevemente a la primera por su paralelismo y relación con la segunda, que es la que debo resaltar.

II. LAS APORTACIONES DE BELLO A LA UNIDAD DE AMÉRICA

1. *La unidad por el lenguaje.*

Es conocido el hecho de que «toda lengua comunica a los que la hablan como idioma nativo una cierta cosmovisión común; hay entre todos los que tienen la misma lengua materna una especie de unidad espiritual» (5). Así hubo de percibirlo Bello y esto le llevó a la tarea de depurar el castellano, lengua materna de América.

Pero el castellano tiene sus raíces en el latín, y Bello era latinista excelente. «El conocimiento del latín conformó su mente», ha podido afirmar el profesor Murillo (6). Y yo quiero aquí añadir que Bello fue consciente del impacto de la lengua y literatura de los romanos en la lengua y literatura castellana, ya que, como en el Prólogo de su *Gramática* observa, fue la admiración española a lo romano lo que «dio un tipo latino a casi todas las producciones del ingenio» (7). Sí, el latín había influido decisivamente en la cultura española, y el castellano, enraizado en el latín, sería uno de los elementos comunes de América. Para contribuir a conservarlo en su

panoamericanos encontrarse asidero firme para su seguro desenvolvimiento, sin pérdida ni merma de sus valores sustanciales. Así, se dedicó a educar el buen gusto con sus obras literarias y su labor de crítico; dio definición a la educación como rector y como periodista; ordenó la administración pública de Chile, desde su lugar de consejero de gobernantes; trabajó por el establecimiento de normas jurídicas con el Código civil y con sus actuaciones como senador; previno las reglas de la vida internacional con su *Derecho de gentes*; enseñó a pensar con su *Filosofía del entendimiento*; preservó la pureza del idioma con su *Gramática* y otros trabajos filosóficos, y aspiró a enraizar la cultura literaria americana con los grandes monumentos de las letras hispánicas de todos los tiempos» (loc. cit.).

(4) Ponencia en las Jornadas de Madrid, *cits.*

(5) N. PÉREZ SERRANO, *La LAU ante la Gramática*, en «Anuario de Derecho Civil», octubre-diciembre 1956, pág. 1069.

(6) F. MURILLO, *El internacionalista*, Ponencia en las Jornadas de Madrid, *cits.*

(7) «Era ésta —añade Bello— una tendencia natural de los espíritus en la época de la restauración de las letras. La mitología pagana siguió suministrando imágenes y símbolos al poeta, y el período ciceroniano fue la norma de la elocución para los escritores elegantes. No era, pues, de extrañar que se sacasen del latín la nomenclatura y los casos gramaticales de nuestro romance» (*Gramática de la lengua castellana*, Col. Escritores Castellanos, Rivadeneyra, Madrid, 1903, t. I, pág. 3).

pureza como un eficaz factor de unidad, emprendió Bello la redacción de su Gramática y lo confiesa abiertamente en el prólogo (8).

2. La unidad por el Derecho.

La vertiente de Bello jurista está relacionada con la vertiente de Bello humanista. Alguna vez he tratado de establecer un paralelo entre Luis Vives y Andrés Bello, señalando sus coincidencias, pero apuntando que mientras Vives fue un humanista atraído por el Derecho, Bello fue un jurista atraído por las Humanidades (9). Se me ha objetado, acaso con razón, que Bello llegó al Derecho por la filología. En cualquier caso, es innegable que Bello, independientemente de su formación inicial y de su titulación oficial, fue jurisconsulto eminente, situable —junto a Vélez y Freitas— en la primera línea de los juristas americanos de todos los tiempos. Y en el Derecho, su atención no se redujo a una sola parcela, sino que se proyectó sobre varias de las disciplinas jurídicas. En tres, sobre todo, penetró con autoridad: el Derecho romano, el internacional y el civil.

A) *Bello romanista e internacionalista*.—Bien conocidas son estas dos facetas de Bello. Por lo que a la primera se refiere, diversos autores (10) han estudiado la figura de don Andrés como impulsador del Derecho romano y como profesor de la Universidad de Chile. En reciente Congreso se ha dedicado al tema por autorizados romanistas la atención que merece. Yo sólo quisiera añadir que Bello tenía seguramente conciencia de que el Derecho romano, que había sido en Europa factor de unidad (bien conocida es la tesis de que las tres bases de Europa son la filosofía griega, la religión cristiana y el Derecho romano) podría serlo también en América.

Por lo que al Derecho internacional se refiere, el profesor García Valdecasas ha puesto de relieve que Bello orientaba sus estudios hacia la comunidad hispanoamericana, pensando que ésta, al estar formada por pueblos nuevos, necesitaba la defensa del Derecho (11). Habiéndose consagrado también a este tema la debida atención por prestigiosos especialistas, no voy a insistir y paso a considerar el aspecto de Bello que más he contemplado: el de Bello civilista.

B) *Bello civilista: el Código de Chile y su proyección*.—a) *Fines de la obra legislativa de Bello*.—No era Bello un jurista capaz de limitarse a la teoría, solazándose con ella y olvidando la realidad. Por ello no se quedó en aquel «cielo de los conceptos jurídicos» de que habla Ihering. Al con-

(8) «Mis lecciones —escribe Bello— se dirigen a mis hermanos, los habitantes de Hispano-América. Juzgo importante la conservación de la lengua de nuestros padres en su posible pureza, como un medio providencial de comunicación y un vínculo de fraternidad entre las varias naciones de origen español derramadas sobre los dos continentes» (*Gramática*, ed. y t. cits., pág. 9).

(9) *El lenguaje jurídico en Bello*, Ponencia en las Jornadas de Madrid, cits.

(10) Vid. M. PACHECO GÓMEZ, *La Universidad de Chile*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1953, págs. 37-47, y F. FUEYO LANERI, *De nuevo sobre Bello y su faceta de jurista*, Ponencia en las Jornadas cits. de Madrid.

(11) Puede verse mi crónica *Conferencia del profesor García-Valdecasas sobre Andrés Bello*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencias», febrero 1966, págs. 269-272.

trario, descendió a lo que podríamos llamar el suelo de las instituciones reales y asumió la tarea, siempre ardua, de legislar, emprendiendo sin prisas y sin pausa la redacción del Código chileno. No ha sido la única vez en la historia que un hombre de letras es al propio tiempo legislador (en España tenemos el caso del rey Alfonso X el Sabio), pero ha sido una de las más notables.

El momento en que emprendió la tarea era, ciertamente, bueno. Como ha observado el profesor Alejandro Guzmán en su estudio sobre la fijación y codificación del Derecho en Iberoamérica, el modelo que allí iba a imponerse era el de la Codificación, que «no fue sino el resultado de un cierto proceso histórico que, por regla general, culmina en la segunda mitad del siglo XIX, con algunos adelantamientos (caso de Bolivia, 1831), o con algunos retrasos (caso de Brasil, 1916)». Y Bello apuntó hacia la Codificación, a diferencia, por ejemplo, de Freitas, que comenzaría su trabajo con una *Consolidação*, que es algo muy distinto a una codificación (12).

Creo que al trabajar día a día, durante lustros, en su Código, Bello no aspiraba solamente a dar a los chilenos, que tan cordialmente le habían acogido, un Código civil: contemplaba el continente con visión de pedagogo, porque sabido es que «el Derecho codificado es aquel que cumple la función pedagógica y que forma el sedimento de nuestras primeras experiencias jurídicas» (13).

b) *Fuentes de la obra legislativa de Bello.*—Como los demás codificadores latinos, Bello hubo de tener a la vista el Código de Napoleón, pero junto a él se sirvió de otras conocidas fuentes: el Derecho romano, las Partidas (que don Andrés tenía por libro de cabecera) y el Proyecto español de 1851, cuya influencia sobre el Código chileno ha estudiado Lira Urquietta (14). «Esta fue —escribe Hugo Tapia— la visión genial de Bello. Saber

(12) A. GUZMÁN BRITO, *Puntos de orientación para el estudio histórico de la fijación y codificación del Derecho en Iberoamérica*, Ponencia de las III Jornadas Italo-latinoamericanas de Derecho Comparado (Sao Paulo, 1979, pág. 6); *vid.* del mismo autor, *El pensamiento codificador de Bello entre las polémicas chilenas en torno a la fijación del Derecho civil*, en *Studi Sassaresi*, t. V (*Diritto romano, Codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano*), Giuffrè Editore, Milano, 1981, págs. 139 y ss.

(13) L. DÍEZ PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1973, pág. 159.

(14) *Vid.* P. LIRA URQUIETA, *El Código civil chileno y su época*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1956, págs. 77 y 91. Los civilistas españoles contemporáneos han puesto de relieve la trascendencia del Proyecto de 1851 en la historia del Derecho civil español. Así, el Maestro De Castro lo califica de «fundamental en nuestra historia jurídica» (*Derecho civil de España*, parte general, t. 1, 3.ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, página 209); Peña Bernaldo de Quirós en su magistral estudio sobre los Anteproyectos del Código civil español, señala el de 1851 como una de las principales fuentes de las versiones de 1882 y 1888 (*El Anteproyecto de Código civil en 30 de abril de 1888*, en «Anuario de Derecho Civil», octubre-diciembre 1960, pág. 1183), y Lacruz Berdejo, en su valioso estudio de las *Concordancias* de García Goyena, califica al Proyecto de 1851 como «el antecedente claro de nuestro C. c.» y a la obra de Goyena como «un libro-clave» (*Nota preliminar a la reimpresión de las Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español por el excelentísimo señor D. Florencio García Goyena*, Zaragoza, 1974, págs. V y VI).

tomar lo mucho que nos daba el Derecho romano y la legislación de Partidas, sin desconocer los valiosos aportes del Código francés y de sus comentaristas, y los que brindaban otros cuerpos legales, que abarcan desde el Código sardo o el de Austria hasta el de la Luisiana y tantos más... (15).

c) *Originalidad de la obra legislativa de Bello.*—Con tan variados materiales, Bello consiguió un resultado no carente de originalidad. Si, como algún historiador señala, las codificaciones iberoamericanas en general tuvieron una cierta originalidad, la obra de Bello tiene especialmente matices originales. Varios son los puntos concretos en que la originalidad aparece. Uno de ellos es el de la sistemática. Como observa Moisset de Espanés, «Bello, antes que Vélez Sarsfield, había advertido las deficiencias metodológicas del Código civil francés, y se apartó del modelo, redistribuyendo las materias que encontraban en el libro tercero. Posiblemente el Código de Chile sea el primero que reaccionó frente a este efecto, y en lugar de dividir el cuerpo legal en tres libros, lo hizo en cuatro, ejemplo que ha sido seguido por los países de la costa del Pacífico (Colombia, Ecuador, Honduras, El Salvador y Nicaragua) y también por el Código uruguayo» (16).

Otro punto en que Bello se apartó del modelo francés fue el de los derechos del extranjero. Su Código declaró en el art. 57 que «la ley no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero...». Con declaraciones como ésta llegó a consagrarse en el continente el principio de igualdad, que está ya dentro de la tradición común latinoamericana. La generosidad con que Bello lo adoptó es indicio de su amplia visión de futuro.

d) *Repercusión de la obra legislativa de Bello.*—La proyección del Código chileno en el resto de Latinoamérica ha sido estudiada tanto a través de trabajos individuales como a través de jornadas científicas como el coloquio que organizado por el Instituto Italo-Latino-Americano tuvo lugar en Sassari en 1978. Resumiendo datos bien conocidos, podemos recordar que hubo Estados que, como Colombia y Ecuador, adoptaron el Código de Chile en verdadero fenómeno de «trasplante jurídico». Pero además ejerció gran influencia sobre otros Códigos, como el de Uruguay, según han estudiado Gatti, Cerrutti y más recientemente el brasileño Silvio Meira (17) y el de Argentina, según ha estudiado Mustapich (18). El sueño americano de don Andrés alcanzaba así una cierta realidad.

e) *Papel del Código de Bello en el sistema jurídico latinoamericano.*—Los comparatistas no han captado suficientemente hasta ahora la existencia de un sistema jurídico —o una familia de Derechos— en Latinoamérica. Así no se aludió a él en la clasificación formulada en el Congreso Interna-

(15) H. TAPIA ARQUEROS, *Don Andrés Bello y el Código civil de Chile*, Ed. Reus, Madrid, 1966, pág. 9.

(16) L. MOISSET DE ESPANÉS, *Derecho civil español y americano (sus influencias recíprocas)*, en «Revista de Derecho Privado», julio-agosto 1972, pág. 605.

(17) Vid. S. MEIRA, *Teixeira de Freitas, o juriconsulto de Imperio*, Livraria José Olympio Editora, Rio de Janeiro, 1979, pág. 573.

(18) Vid. J. M. MUSTAPICH, *Dalmacio Vélez Sarsfield, el Codificador*, Estudio preliminar de la ed. del *Código Civil de la República Argentina* del Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1960, págs. 21-22. Sobre el tema también L. MOISSET DE ESPANÉS, *op. cit.*, pág. 602, y S. MEIRA, *op. cit.*, pág. 319

cional de Derecho Comparado de París, que fue quizá la primera clasificación científica (19), ni se alude en las clasificaciones de sistemas formuladas por Sarfatti (20), Arminjon, Nolde y Wolff (21), Silva Pereira (22), Carbonnier (23) o Santa Pinter (24). El ilustre comparatista francés René David parece dudar de la existencia de un sistema latinoamericano (25) y el también ilustre profesor francés René Rodière, en obra reciente, se fija más bien en el «fracaso» de la unificación legislativa latinoamericana (26).

Sin embargo, profesores españoles como Solá Cañizares (27) y Castán Tobeñas (28) han reconocido alguna sustantividad al grupo de los Derechos iberoamericanos y en la misma línea se ha situado el prestigioso romanista italiano Pierangelo Catalano, catedrático de Derecho romano de la Universidad de Roma, que desde hace algunos años estudia con atención los ordenamientos de América y busca la huella en ellos del Derecho romano y su resistencia común a determinadas influencias extrañas (29). Bajo el mismo supuesto trabajan hoy los equipos investigadores italianos del *Gruppo di Ricerca sulla Diffusione del Diritto Romano*, así como los de la *Associazione di Studi Sociali Latino Americani* (ASSLA) y del Grupo de Jurisprudencia italiano del Consejo Europeo de Investigaciones Sociales sobre América Latina (CEISAL), en colaboración con el Instituto Italo Latino Americano de Roma y con un número creciente de juristas del área hispánica e incluso, desde fechas recientes, de las áreas francesa y germánica.

Especial atención se dedica en el marco de tales trabajos a la recepción del Derecho romano en Latinoamérica como factor de unidad, ocupándose

(19) Vid. R. DAVID, *Tratado de Derecho civil comparado*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, pág. 214.

(20) Vid. M. SARFATTI, *Introduzione allo studio dell Diritto comparato*, Torino, 1913, y tras. esp., México, 1954, págs. 93 ss.

(21) Vid. ARMINJON-NOLDE-WOLFF, *Tratté de Droit Comparé*, t. I, París, 1950, págs. 42 ss.

(22) Vid. SILVA PEREIRA, *Unidade da cultura juridica occidental*, en «Revista da Faculdade de Direito», octubre 1954, págs. 25 ss.

(23) Vid. J. CARBONNIER, *Derecho civil*, trad. de Zorrilla, Editorial Bosch, t. I, vol. 1.º, 1960, págs. 75 ss.

(24) Vid., J. J. SANTA-PINTER, *Etnopolítica jurídica comparada o sistemas legales contemporáneos*, en la obra *Problèmes Contemporains de Droit Comparé*, Institut Japonais de Droit Comparé, Université Chuo, Tokio, 1962, páginas 370-371.

(25) Vid. R. DAVID, *Tratado*, cit., págs. 216-217, y *Les grands systèmes de Droit contemporains*, Dalloz, París, 1964, págs. 18-26 y 72.

(26) Vid. R. RODIERE, *Introduction au droit comparé*, Dalloz, París, 1979, pág. 100.

(27) Vid. F. SOLA CAÑIZARES, *Iniciación al Derecho comparado*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Barcelona, 1954, pág. 176.

(28) Vid. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, Editorial Reus, Madrid, 1956, pág. 23.

(29) Vid. P. CATALANO, *Diritto romano e paesi latino-americani*, en *Libro (Rassegna di Diritto Romano)*, 1974/3, Napoli, págs. 433-435. Vid. también los recientes e interesantes estudios de C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Comparación jurídica y unidad del sistema jurídico latinoamericano*, en *Studi Sassaresi*, V (*Diritto romano, Codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano*), Giuffrè Editore, Milano, 1981, págs. 9 ss., y H. EICHLER, *Privatrecht in Lateinamerika*, en *Osterreichs Rechtsleben in Geschichte und Gegenwart*, Duncker & Humblot, Berlín, 1981, págs. 481-507.

con singular asiduidad del tema otro brillante romanista italiano, el profesor Sandro Schipani (30). Asimismo ha tratado con interés de la recepción el civilista español José Luis de los Mozos (31).

Por mi parte, he sostenido también modestamente en algunas publicaciones de los años sesenta la existencia de un grupo iberoamericano dentro del sistema romanista (32). Para ello he procurado llamar la atención sobre el fondo común de los ordenamientos hoy llamados latinoamericanos, que se formó gracias a estas causas:

1.ª El trasplante del Derecho castellano a América. El profesor español García-Gallo, historiador ilustre del Derecho español y del Derecho indiano, resume así aquel fenómeno: «Cuando, a partir de 1513, el Rey y el Consejo de Indias se esforzaron por coordinar los intereses de los conquistadores y de los indios y por ordenar conforme a Derecho el Nuevo Mundo, siguió tomándose como base el Derecho de Castilla; cuando no era posible, se trasplantaba sin más y así regían unas mismas normas a uno y otro lado del Atlántico; a veces las normas castellanas habían de adaptarse al nuevo medio, y en no pocas ocasiones, no bastaba la mera adaptación (por tratarse de problemas que no se daban en Castilla y, consiguientemente, no estaban regulados en la legislación castellana) y entonces el Rey y el Consejo de Indias se veían forzados a crear un nuevo Derecho; nuevo en cuanto que las normas dictadas no tenían precedente ni paralelo en las de Castilla, viejo en cuanto a su espíritu, porque se creaba partiendo de los principios y tendencias que, fijadas en la Edad Media, pervivían en la Península» (33).

(30) Vid. S. SCHIPANI, *Nota introduttiva* al vol. V de *Studi Ssassaresi* cit., págs. VII-XXXV y *Dal Diritto romano alle codificazioni latinoamericane: l'opera di A. Teixeira de Freitas (Prime osservazioni sulla nozione di «consolidacao» e sulla sistematica dei «fatti»)*, en el mismo vol., págs. 598 ss.

(31) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *Algunos aspectos de la influencia hispánica en el Código civil de Andrés Bello*, en el vol. V de *Studi Ssassaresi*, cit., páginas 163 ss.; *vid.* también, en el mismo vol., H. HANISCH ESPINDOLA, *El Derecho romano en el pensamiento y la docencia de don Andrés Bello*, páginas 21 ss.; A. DÍAZ BIALET, *La transfusión del Derecho romano en la Argentina (s. XVI-XIX)* y *Dalmacio Vélez Sarsfield autor del Código civil argentino (1864-1869)*, págs. 251 ss.; A. LEVAGGI, *La formación romanística de Dalmacio Vélez Sarsfields*, págs. 317 ss.; R. VÁZQUEZ, J. C. GHIRARDI y M. L. ROLO DE COSTAMAGNA, *Tres escritos judiciales del Dr. Vélez Sarsfield. Su versión romanista*, págs. 347 ss.; G. GAUDEMET, *La réception du droit romain dans les Pays latins*, págs. 477 ss.; F. SERRAO, *Diritto romano e diritto moderno. Comparazione diacronica o problema della «continuità»*. *Riflesioni minime*, págs. 519 ss., y C. PECORELLA, *Osservazioni sui «romanisti» e la «codificazione»*, págs. 557 ss.

(32) Así, en *El sistema jurídico iberoamericano*, en «Revista de Estudios Políticos», enero-febrero 1968, y, con alguna mayor amplitud, en *El sistema de Derecho privado iberoamericano*, en «Estudios de Derecho» (Medellín), 1969, y en la obra *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, t. VI, páginas 155-188.

(33) Vid. A. GARCÍA-GALLO, *Génesis y desarrollo del Derecho indiano*, en «Atlántida», julio-agosto 1964, págs. 339 ss., especialmente 340 y 347. *Vid.* también J. M. OTS Y CAPDEQUI, *Historia del Derecho español en América y del Derecho indiano*, Editorial Aguilar, Madrid, 1969, págs. 91-100; A. GARCÍA-GALLO, *Metodología de la historia del Derecho indiano*, Editorial Jurídica de Chile,

2.^a El envío de libros jurídicos a las Indias. Todavía no habían terminado los Descubrimientos ni la Conquista y ya la doctrina jurídica española, y con ella el Derecho romano y el canónico, encerrado una y otros en los libros de Derecho impresos en España, se trasladaban a bordo de las naves españolas, a las Indias. El hispanista Irving A. Leonard ha dedicado una importante monografía a la investigación de qué libros fueron los primeramente difundidos en América; según en ella observa, «el número total de volúmenes que cruzaron el océano en el siglo XVI no puede determinarse, aunque se eleva a millares por año, ni se pueden identificar los títulos específicos de los libros que se enviaron en mayores cantidades» (34); pero el propio Leonard (utilizando como fuentes tanto los registros de libros de la española Casa de Contratación como pagarés de libreros del siglo XVI, escrituras del mismo siglo de importación de libros españoles y recibos de cajas de libros llegadas a Lima en el XVII) ha sacado a la luz algunas listas de obras remitidas a América desde España. Y entre ellas se encuentran numerosas obras jurídicas: libros de Derecho castellano; cuerpos de Derecho romano como las *Instituciones* de Justiniano; obras generales de Derecho canónico o civil; libros de Antonio Gómez y Domingo de Soto; obras concretas sobre usufructo, enfiteusis o contratos; obras de práctica civil y criminal; obras para el manejo de jueces y escribanos, y hasta libros biográficos de San Raimundo de Peñafort, el santo que hoy está declarado Patrono de los juristas. El importantísimo legado del Derecho romano fue, pues, recibido por América a través de las naves españolas. Y la difusión de ese Derecho y del castellano por todo el Continente daría para siempre un sólido cimiento a su unidad jurídica.

3.^a La obra de las Audiencias, de las que Solórzano decía que eran «como castillos roqueros donde se guarda la Justicia» (35) y que fueron cauces valiosos para la formación y consolidación de una tradición judicial americana común.

4.^a Las Codificaciones americanas, cuyas recíprocas influencias vienen hoy siendo estudiadas a través de los trabajos a que me he referido.

5.^a La práctica jurídica común en los países iberoamericanos, que es en buena medida una realidad y que constituye un claro indicio de que aquéllos integran una familia de Derechos.

En estas observaciones que hace años formulé quiero hoy, para terminar, ratificarme, añadiendo que el Código de Andrés Bello constituye —por su valor permanente, por su hermoso lenguaje, por la solidez de sus fuentes y por su carácter Código pionero e inspirador de otras codificaciones— un baluarte permanente del Derecho privado en el Continente frente a influencias extrañas y un factor —también permanente— para la unidad del sistema jurídico latinoamericano.

Santiago, 1970, págs. 27 ss., y N. ALCALÁ ZAMORA Y TORRES, *Nuevas reflexiones sobre las Leyes de Indias*, Editorial Porrúa, México, 3.^a ed., 1980, págs. 9-16.

(34) I. A. LEONARD, *Los libros del Conquistador*, Fondo de Cultura Económica, México, 1953, pág. 11.

(35) Vid. C. MIGUEL Y ALONSO, *Las Audiencias en los Reinos y Señoríos de Indias*, en «Cuadernos Hispanoamericanos», núms. 116-117 y en ed. sep.

CONGRESO JURIDICO INTERNACIONAL

Con ocasión del Centenario del Cuerpo de Abogados del Estado
Madrid, 9-13 de noviembre de 1981

PEDRO ELIZALDE AYMERICH

El Cuerpo de Abogados del Estado fue creado, durante el reinado de Alfonso XII, por el Real Decreto de 10 de marzo de 1881, a propuesta del entonces ministro de Hacienda, don Juan Francisco Camacho y Alcorta. En 1981 ha cumplido, pues, un siglo de existencia este prestigioso Cuerpo de la Administración del Estado.

Para conmemorar este acontecimiento, infrecuente en la vida administrativa y más destacable, aún, en la española, dados los cambios de todo tipo sufridos por el país en los últimos cien años, la Dirección General de lo contencioso del Estado, centro directivo del Cuerpo, organizó a lo largo del pasado año una serie de celebraciones que culminaron con el Congreso Jurídico Internacional reunido en Madrid durante los días 9 al 13 de noviembre.

Durante el primer trimestre del año y bajo el patrocinio de la Asociación de Abogados del Estado se desarrolló un ciclo de conferencias en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, que tuvo por objeto diversas materias jurídicas relacionadas con el ámbito en que desarrollan sus funciones los Abogados del Estado. Intervinieron en ellas como conferenciantes: don José Beltrán de Heredia y Castaño, don Narciso de Fuentes Sanchiz, don Gabriel Solé Villalonga, don Francisco Pera Verdaguer y don Federico Carlos Sainz de Robles (*). En la última sesión, coincidente con el día del Centenario del Cuerpo, el Director General de lo Contencioso del Estado, don José Luis Gómez-Dégano, hizo una semblanza de ese desconocido político y hacendista español del siglo XIX que fue don Juan Francisco Camacho.

También la Asociación organizó algunas conferencias conmemorativas fuera de la capital: Albacete, Cáceres y Sevilla fueron las poblaciones en que, a lo largo del año, se pronunciaron, con intervención de eminentes juristas de los respectivos territorios.

No cabe duda de que, desde el punto de vista administrativo y profe-

(*) Las conferencias versaron sobre: «El secreto como derecho de la personalidad», «El Cuerpo de Abogados del Estado. Su constitución. Su influencia en el Derecho común», «Reforma fiscal en España; historia y perspectivas», «Evolución de la defensa de la Administración ante lo Contencioso», y «El Estado de Derecho y el Abogado del Estado».

sional e incidiendo, incluso, en la vida nacional, la reunión de un Congreso Jurídico Internacional reviste especial importancia. Para celebrar este Centenario la Dirección General de lo Contencioso estimó de gran interés reunir a los diversos organismos y entidades que, en los diversos países, desempeñan tareas equivalentes a las que corresponden en España a los Abogados del Estado. Así, en los días 9 al 13 de noviembre del pasado año se reunió en Madrid el Congreso que congregó a representantes de treinta y seis naciones y a los de la Comunidad Económica Europea.

El tema central del Congreso fue: «La asistencia jurídica de la Administración del Estado en el ejercicio de la función consultiva», debiendo, cada una de las representaciones asistentes, exponer el régimen jurídico existente, al respecto, en su ordenamiento. Se marcaba, de esta forma, un enlace con el Congreso Jurídico Internacional celebrado en Roma, en 1976, con ocasión del Centenario de la «Awocatura dello Stato». El tema debatido entonces fue: «La defensa de las Administraciones del Estado en los procedimientos judiciales», es decir, la otra gran función, junto a la consultiva, propia de la Abogacía del Estado.

Revistió especial solemnidad el acto de apertura del Congreso, realizado en el Centro Cultural de la Villa de Madrid y bajo la presidencia de S. M. el Rey de España. Intervinieron en este acto el Excmo. Sr. Alcalde de Madrid, que dio la bienvenida a los congresistas y exaltó la importancia de sus funciones en la sociedad moderna, y el Excmo. Sr. Director General de lo Contencioso del Estado, que centro su brillante disertación en las funciones desempeñadas por el Cuerpo de Abogados del Estado, a saber: consultiva, contenciosa y de vigilancia según su norma de creación, el Real Decreto de 10 de marzo de 1881. La función consultiva mereció detallada atención del Director General, que, remontando su examen hasta las Partidas, formuló las condiciones precisas para su desarrollo (perspicaz discernimiento, compenetración vital con los problemas consultados y discreción) y su singular relevancia en la actualidad para lograr un equilibrado orden jurídico de las relaciones entre la Administración y los administrados.

En representación de los congresistas habló a continuación el Excmo. Señor, «Awocato Generale dello Stato», don Giuseppe Mazzari, resaltando el provecho resultante de la comparación de los distintos sistemas de asesoramiento vigentes en el mundo y propugnando la reacción de un organismo permanente que asegurase un contacto institucionalizado entre los órganos asesores.

Cerró el acto S. M. el Rey refiriéndose a las relaciones entre la función de asesoramiento jurídico de la Administración y el Estado de Derecho y añadiendo: «En este sentido, la función de la Administración consultiva, ejercida con profesionalidad e imparcialidad, proporciona un auxilio de inestimable valor a la Administración activa y representa para el Estado y la sociedad una garantía precisa al objeto de hacer realidad el imperativo de que la Administración Pública sirva con objetividad los intereses generales y actúe con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho».

En las sesiones de trabajo del Congreso, al exponerse los sistemas de asesoramiento jurídico de la Administración vigentes en cada país, se puso

claramente de manifiesto la diversidad de los criterios organizativos existentes, pero también la identidad de problemas planteados en el ejercicio de la asesoría.

El primer aspecto estudiado en cada ponencia era organizativo. La disparidad, a este respecto, es muy grande, aunque normalmente se da una coincidencia básica, la existencia de un organismo administrativo al que se encomienda de forma general la función consultiva. Constituyen una excepción a esta regla los sistemas en que la asesoría se ejerce por abogados particulares contratados al efecto por la Administración (Dinamarca y Holanda).

La situación de los órganos asesores dentro de la Administración tampoco se ajusta a un modelo único. En ocasiones se encuadran en los Departamentos ministeriales de Justicia (Alemania, Estados Unidos, Filipinas, Japón, Sri Lanka, Suecia) o de Hacienda (España); en otras, figuran adscritos a la Presidencia del Gobierno, sin que exista entonces una dependencia rígida (este es el criterio más generalizado: Austria, Costa Rica, Italia, Jordania, Noruega, Yugoslavia) o de la Presidencia de la República (Venezuela).

En ciertos países, los órganos consultivos se encuentran configurados a nivel constitucional y organizados como Consejo de Estado (Bélgica, Colombia, Grecia, Turquía) o bien se les encomienda la función asesora junto con las propias del Ministerio Público o Ministerio Fiscal (Australia, Chipre, El Salvador, Panamá, Portugal, Pakistán).

Italia y España ofrecen la singularidad de que coexisten dos órganos con funciones asesoras de carácter general: La Abogacía del Estado y el Consejo de Estado; dualidad explicable por el distinto origen de cada una de las instituciones.

Suscitó viva polémica un aspecto de organización concreto: la participación de los órganos consultivos, en la persona de su jefe o director, en el Gobierno, Gabinete o Consejo de Ministros. En algunos países de influencia anglosajona el asesor de la Administración es miembros del Gabinete (Australia, Filipinas, Tailandia, Estados Unidos, Kenia, Reino Unido); otras veces simplemente asiste a sus reuniones, sin tener la condición de ministro (Costa Rica, Venezuela).

Frente a esta disparidad resulta prácticamente general la coincidencia en atribuir a un mismo órgano la función asesora y la misión de representar en juicio a la Administración del Estado.

La segunda parte de las ponencias abordaron el estudio del régimen material de la función consultiva, destacando dos cuestiones principales: la extensión del asesoramiento y la eficacia de los dictámenes evacuados.

Son normalmente destinatarios del asesoramiento los órganos administrativos, incluso la llamada Administración indirecta y las empresas públicas, pero, a veces, las consultas se dirigen a los órganos legislativos, al Parlamento (Australia, Reino Unido). También es general la limitación de las consultas a las actuaciones administrativas, incluso las relacionadas con disposiciones generales en elaboración; siendo excepcionales los países que encomiendan al órgano asesor incluso la redacción de los proyectos de disposiciones en forma preceptiva y exclusiva (Chipre, Grecia, Túnez).

En cuanto a la eficacia de los dictámenes, salvo una excepción (Costa Rica), se afirma siempre su condición de no vinculantes, dejando a la Administración consultante la posibilidad de ajustarse, o no, al criterio del órgano asesor. No obstante, se utilizan variados medios para lograr, indirectamente, que el criterio del asesor se lleve a la práctica. De esta forma, unas veces se impone la necesidad de nueva votación del Gobierno (Alemania) o decisión del Pleno de la Comisión (Comunidad Económica Europea) o de órganos cualificados (Costa Rica) para superar las objeciones puestas por el asesor. En otros sistemas se regula la posible reacción del órgano consultivo ante la falta de atención a sus informes, permitiéndosele propuestas sustitutorias (Kenia) o la elevación de informes al Gobierno o al Parlamento (Finlandia).

La sesión de clausura del Congreso aprobó una «Moción final» que contiene una serie de conclusiones sobre el tema objeto del mismo. Se hace constar, en primer lugar, la provechosa información recibida en torno a los sistemas de asesoramiento jurídico, cuyas diferencias deben ser estudiadas a fin de aprovechar las recíprocas experiencias y la importancia de la función de asistencia jurídica para lograr un correcto desenvolvimiento de la Administración Pública, con escrupuloso respeto a la Ley. También se desea estimular la celebración de nuevos Congresos que continúen la labor iniciada en Roma en 1976 y continuada por el presente, utilizándose al efecto la oficina existente en la sede de la «Awocatura dello Stato» en dicha capital.

Cerró el Congreso el Excmos. Sr. Ministro de Hacienda, don Jaime García Añoveros, al igual que lo hizo con el ciclo de conferencias celebradas durante el primer trimestre del año, resaltando la íntima vinculación existente entre el Cuerpo de Abogados del Estado y el Ministerio de Hacienda.

Información Legislativa (*)

A cargo de PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH

I. DERECHO CIVIL

2. *Derecho de obligaciones*

1. **CONTRATOS DE ADHESION.**—Se aprueba el modelo de póliza de abono para el suministro de electricidad.

Real Decreto 2385/1981, de 20 de agosto («BOE» del 24 de octubre).

A) **Exposición:**

El modelo de póliza que figura como Anexo del Real Decreto deberá aplicarse a los contratos que se suscriban o renueven a partir de su entrada en vigor.

La póliza se compone de tres partes.

- 1) Identificación de las partes.
- 2) Condiciones específicas, relativas a las circunstancias del suministro e instalaciones, y condiciones especiales, a poner por las partes en cada contrato.
- 3) Condiciones generales, inmodificables, que se refieren a todos los aspectos del contrato de suministro.

Dos cuestiones concretas merecen ser destacadas:

a) Privación de la energía. Las empresas distribuidoras podrán suspender el suministro de energía cuando, entre otros supuestos, el abonado no cumpla en algún aspecto el contrato o las condiciones generales de utilización del servicio.

b) Reclamaciones. Todas las cuestiones relativas al suministro y a la póliza del contrato serán resueltas administrativamente por la Delegación Provincial del Ministerio de Industria y Energía. Contra su resolución cabe recurso de alzada ante la Dirección General de la Energía, que deberá presentarse en la Delegación Provincial mediante recibo.

(*) Se refiere a las disposiciones publicadas en el período comprendido entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre de 1981.

Independientemente, los Tribunales de Justicia intervendrán en las cuestiones propias de su jurisdicción.

Si la reclamación versa sobre el abono del importe del suministro, el recurso contra la resolución de la Delegación Provincial exigirá el previo depósito de la cantidad que ésta haya fijado.

B) Observaciones:

La intervención administrativa sobre estos contratos es general, no limitándose al control de sus condiciones generales, sino que se extiende a la resolución de las controversias que se susciten entre las partes.

Es importante observar que la Administración aprueba expresamente el modelo de póliza y, además, mediante una disposición general con rango de Decreto; no se limita, pues, a un control de legalidad o para la tutela de intereses concretos, pues la póliza aprobada se impone a todos los contratos de suministro que se celebren.

La remisión a la llamada «función arbitral de la Administración» de las cuestiones surgidas entre la empresa suministradora y los usuarios se contenía ya en el Reglamento de verificaciones y de Regularidad en el suministro, de 12 de marzo de 1954 (arts. 74 y 84, letra a), y en la Póliza de Abono anexa al mismo (condición general núm. 32), en términos equivalentes a los empleados en la nueva póliza. Sin embargo, la regulación de esta materia resulta, actualmente, criticable.

En primer lugar se advierte la falta de una base firme para dicha actividad arbitral de la Administración, que sustituye a los Tribunales de Justicia en la resolución de conflictos entre particulares, ya que no se encuentra reconocida por una norma con rango legal, sino sólo reglamentario.

Pero además la regulación concreta de las reclamaciones administrativas sobre el suministro no es conciliable con normas de rango superior que deben ser aplicadas. Así, la exigencia del previo depósito de la cantidad fijada por la Delegación Provincial, para recurrir contra la resolución de ésta, debe entenderse contraria al derecho de defensa jurídica, proclamado por la Constitución (art. 24, aplicable a la Administración, según la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1981) y la necesidad de que el recurso se presente en la Delegación Provincial que dictó la resolución recurrida supone infringir el régimen general de la Ley de Procedimiento Administrativo (el recurso de alzada puede presentarse ante el órgano recurrido o ante el competente para resolverlo y utilizando cualquiera de los medios permitidos legalmente, v. arts. 123 y 66).

II. DERECHO REGISTRAL

2. REGISTRO CIVIL.—Modificación del artículo 20 de su Ley reguladora. Ley 35/1981, de 5 octubre («BOE» del 19).

Se da nueva redacción, más clara y sistemática que la anterior, al artículo 20 de la Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957, relativo a los

traslados de las inscripciones. El nuevo texto se refiere, separadamente, a las inscripciones de nacimiento, matrimonio, defunción y las practicadas en el Registro Central. Queda remitida al Reglamento la regulación de los traslados sucesivos.

3. REGISTRO CIVIL.—Se regula el funcionamiento del Registro Civil de la Familia Real.

Real Decreto 2917/1981, de 27 de noviembre («BOE» de 12 diciembre).

A) Exposición.

1. Contenido: En el Registro Civil de la Familia Real se inscribirán todos los hechos o actos inscribibles según la legislación sobre Registro Civil que afecten al Rey de España, su Augusta Consorte, sus ascendientes de primer grado, sus descendientes y al Príncipe heredero de la Corona.

2. Organización: Estará a cargo del Ministro de Justicia, asistido, como Secretario, por el Director General de los Registros y el Notariado.

3. Régimen: Se llevará en un solo libro especial. Los asientos se practicarán sucesivamente, sin distinción de secciones. El Índice se hará por orden de asientos.

4. Expedición de certificaciones: Sólo podrán pedirse por el Rey o Regente, miembros de la Familia Real con interés legítimo, Presidente del Gobierno o del Congreso de los Diputados. Se extenderán de oficio y en papel especial.

5. Legislación supletoria: Será la general sobre Registro Civil.

6. Apertura inmediata del Registro: El Real Decreto dispone la apertura del libro especial y la forma de practicar los primeros asientos.

B) Observaciones.

El Registro del Estado Civil de la Familia Real estaba regulado por los Reales Decretos de 22 de enero de 1873, 19 de agosto de 1880, 28 de enero de 1901 y 29 de mayo de 1922 (derogado por el reseñado) y fue restablecido por el Decreto-Ley 17/1975, de 20 de noviembre. Este Decreto-Ley autorizó al Gobierno para elaborar un texto refundido de su regulación, armonizándola a la vigente legislación del Registro Civil. Fruto de la autorización es la presente regulación, ajustada, también, a los preceptos constitucionales.

4. CERTIFICACIONES REGISTRALES.—Solicitud por correo de las correspondientes a diversos Registros del Ministerio de Justicia.

Orden de 29 de diciembre de 1981. («BOE» del 31.)

A) Exposición:

1. Ambito de la disposición: Podrán solicitarse y expedirse por correo las certificaciones correspondientes a los Registros siguientes: Central de Penados y Rebeldes, General de Actos de Última Voluntad y General de Sociedades Mercantiles.

2. Régimen de las peticiones: Deberán hacerse en los impresos oficiales que se adquirirán en las Expendedurías de Tabacos y Efectos Timbrados, junto con los sobres para la solicitud y la remisión del certificado. Los impresos cumplimentados se dirigirán al Ministerio de Justicia, por correo o depositándolos en buzones especiales existentes en dicho organismo.

3. Certificados de actos de última voluntad. Requisitos suplementarios: Deberá acompañarse a la solicitud un certificado de defunción original o fotocopia legitimada ante Notario, sin que se tramiten las peticiones mientras no hayan transcurrido quince días desde el fallecimiento.

4. Plazo para la tramitación administrativa: Diez días hábiles a contar desde la recepción de la solicitud en el Ministerio de Justicia.

5. Defectos en las solicitudes: Darán lugar a su devolución al petionario, que podrá también canjear los impresos estropeados abonando sólo el valor neto de los nuevos.

6. Entrada en vigor del sistema regulado: El día 1 de enero de 1982.

B) Observaciones:

El sistema implantado, compatible con los anteriores de gestión personal o delegada, persigue lograr mayor flexibilidad, celeridad y eficacia en la expedición de las certificaciones a que afecta, cuya demanda ha crecido progresivamente en los últimos años.

III. DERECHO MERCANTIL.

5. BANCOS PRIVADOS.—Régimen jurídico de los corresponsales no banqueros.

Orden del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social de 17 de noviembre de 1981. («BOE» del 20.)

Se establece que el Real Decreto 2033/1981, de 4 de septiembre (reseñado en ADC, XXXIV-IV, núm. 28 de la información legislativa), no es de aplicación a los corresponsales no banqueros, ya que la relación jurídica que les une a los Bancos contratantes es de carácter estrictamente mercantil, viniendo regida por sus cláusulas contractuales y por la Orden del Ministerio de Hacienda de 5 de mayo de 1965.

Tal como indica el preámbulo de esta disposición, los corresponsales no banqueros a que se refiere ejercen sus funciones entre los Bancos y sus clientes, tomando, cobrando o devolviendo efectos y liquidando las cuentas y saldos que resulten a favor de los Bancos, con deducción de la correspondiente comisión.

6. SOCIEDADES DE GARANTIA RECÍPROCA.—Aprueba las condiciones generales de los contratos para la concesión del segundo aval por el Estado.

Orden de 21 de noviembre de 1981. («BOE» del 23.)

Estos avales se prestan por la Sociedad Mixta de Segundo Aval, con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto 874/1981, de 10 de abril.

De las condiciones generales que se aprueban merece destacarse la pre-

ferencia otorgada a la Sociedad Mixta sobre la Sociedad de Garantía Recíproca para la ejecución del derecho de recobro sobre el socio partícipe deudor y la exclusión de la garantía para los casos de falta de pago producidos por contratos de préstamo con vicios de forma o cláusulas fraudulentas.

IV. DERECHO PROCESAL

7. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.—Normas sobre legitimación.

Ley 34/1981, de 5 de octubre. («BOE» del 19.)

A) Exposición:

1. Condición de Administración Pública: La Administración de las Comunidades Autónomas y las entidades sometidas a su tutela se entenderán Administraciones Públicas a todos los efectos regulados en la vigente Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 1).

2. Legitimación: a) De la Administración del Estado: Estará legitimada para recurrir, ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, las disposiciones generales y actos emanados de la Administración de las Comunidades Autónomas y entidades sujetas a su tutela (art. 2). b) De las Comunidades Autónomas: Podrán impugnar las disposiciones generales dictadas por la Administración del Estado que afecten al ámbito de su autonomía (art. 3).

3. Regímenes transitorios de autonomía: Estos criterios serán aplicables en relación con los Entes Preautonómicos (disp. trans.).

B) Observaciones:

1. La calificación de Administración Pública aplicada a las Administraciones de las Comunidades Autónomas y su sujeción al control jurisdiccional correspondiente no ofrecía ninguna duda, proclamándose, además, expresamente en los vigentes Estatutos de Autonomía (arts. 9, p. 3, 106 y 153, letra c) de la Constitución; 38, p. 3, del Estatuto del País Vasco; 40, p. 2, del Estatuto catalán, y 22, p. 1, letra c) del Estatuto gallego). No obstante, los términos de la nueva Ley imponen, con más énfasis, la total asimilación de estas Administraciones con las enumeradas en el artículo 1, p. 2, de la Ley Jurisdiccional respecto a su situación procesal.

2. El tema de la legitimación se regula conforme a los criterios expuestos por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 14 de julio de 1981. Esta sentencia, que desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento vasco contra la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, abordó directamente la cuestión, señalando:

1.º Que la legitimación de los órganos de las Comunidades Autónomas se encuentra limitada en la misma forma que los intereses que les son propios, de modo que sólo la ostentarán cuando se impugnen normas que afecten específicamente a su ámbito de autonomía.

2.º Que la defensa del interés general del Estado se encuentra atribuida por la Constitución al Gobierno.

En definitiva, la aplicación de la regla general sobre legitimación (ostentar interés directo, artículo 28 de la Ley Jurisdiccional), determina que el régimen de las Comunidades Autónomas sea distinto al del Estado, en la misma medida en que se distinguen los intereses cuya tutela les corresponde, respectivamente.

3. Aunque la Ley omite referirse a la impugnación por las Comunidades Autónomas de los actos de la Administración del Estado que les afecten (cfr. art. 3) es obvio que su legitimación surgirá, en tales casos, de la aplicación de las normas generales, sin especialidad alguna.

8. PROCURADORES DE LOS TRIBUNALES.—Modifica el arancel regulador de sus derechos.

Real Decreto 2.397/1981, de 3 de agosto («B. O. E.», del 26 de octubre).

El arancel vigente, aprobado por Decreto de 3 de octubre de 1971, se modifica en el sentido de suprimir la atribución a la Mutualidad de Procuradores de los Tribunales de la parte de los derechos devengados por la intervención en asuntos civiles, correspondiente al exceso sobre cien millones de pesetas o quinientos en juicios universales (del art. 1.º se modifica su párrafo tercero, suprimiéndose el cuarto y el quinto).

9. CARRERAS JUDICIAL Y DEL SECRETARIADO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA.—Integración de los distintos Cuerpos.

Ley Orgánica 5/1981, de 16 de noviembre («B. O. E.», de 1 de diciembre).

A) Exposición:

1. Carrera Judicial (arts. 1 a 4).

a) Ordenación general: La Carrera Judicial forma un Cuerpo único con las categorías de Magistrado del Tribunal Supremo, Magistrado y Juez. Esta última categoría consta de dos grados: Ascenso e ingreso.

b) Acceso al Cuerpo: Se realizará por el Grado de Juez de ingreso, salvo lo establecido para el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia.

c) Jueces de ascenso: Las vacantes en este grado se cubrirán: la mitad por antigüedad y las restantes mediante pruebas selectivas entre quienes hayan permanecido dos años como Jueces de ingreso.

d) Promoción a Magistrado: De cada tres vacantes en esta categoría, dos se cubrirán atendiendo al mejor puesto en el escalafón y la restante mediante pruebas selectivas. En todo caso se requerirá la prestación como titular de tres años de servicios efectivos en un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción.

e) Integración del Cuerpo de Jueces de Distrito en la Carrera Judicial: Figurarán en cabeza del nuevo escalafón los actuales miembros de la Carrera Judicial y a continuación los Jueces de Distrito.

Formarán el grado de ascenso los actuales Jueces de Primera Instancia e Instrucción y los Jueces de Distrito que superaron el concurso-oposición de Jueces Municipales. Los restantes Jueces de Distrito compondrán el grado de Jueces de ingreso hasta que les corresponda el ascenso.

2. Secretariado de la Administración de Justicia (arts. 5 a 10).

a) Ordenación general: Los Secretarios constituirán un Cuerpo único con tres categorías, que se distinguirán entre sí según los puestos y órganos judiciales existentes. La última categoría constará de dos grados, de ascenso y de ingreso.

b) Promoción: El sistema que se establece es similar al expuesto anteriormente para la Carrera Judicial, con algunas especialidades en relación con el nombramiento para Secretario y Vicesecretario de Gobierno del Tribunal Supremo y para destino en órganos judiciales con competencia exclusiva en materias determinadas.

c) Integración en el Cuerpo único: Se realiza en cada categoría según la situación actual de los distintos funcionarios.

Los componentes de Cuerpos integrados en el de Secretarios Judiciales que carezcan del título de Licenciado en Derecho no podrán ser promovidos a categoría o grado superior, sin perjuicio de sus derechos adquiridos.

3. Reglas especiales y transitorias (disp. transitorias).

La Ley contiene una serie de reglas para atender situaciones concretas (desempeño de plazas de categoría inferior o superior, régimen de las oposiciones convocadas, ingreso en condiciones especiales, situación de los Secretarios de Juzgados de Paz) o problemas inmediatos (determinación de los Juzgados a proveer con Jueces de ascenso).

Se establece también una regla general para los Jueces y Secretarios de Distrito que tiene especial interés: la posibilidad de renunciar a toda promoción que les corresponda por razón de antigüedad.

B) Observaciones:

Esta Ley Orgánica está integrada por preceptos que formaban parte del Proyecto de Ley Orgánica del poder Judicial («Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso, 16 abril 1980, núm. 129-I), de la que fueron desgajados una vez iniciada su tramitación parlamentaria.

Se derogan expresamente los preceptos de las leyes provisional Orgánica del Poder Judicial, de 15 septiembre 1870; adicional, de 14 octubre 1882; de Bases para la reforma de la Justicia Municipal, de 19 julio 1944 y texto articulado parcial de la Ley Orgánica de la Justicia sobre Juzgados de Distrito, aprobado por Real Decreto 2.104/1977, de 29 de julio, en cuanto resulten incompatibles con esta Ley.

V. OTRAS DISPOSICIONES

10. FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO.—Principios básicos de actuación.

Orden de 30 de septiembre de 1981 («B. O. E.», del 2 de octubre).

Se publica el acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de septiembre de 1981.

Estos principios se refieren a la actuación, funciones, obligaciones, responsabilidad y derechos de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

11. CONTRATO DE SEGURO.—Regulación de los seguros de vida.

Resolución de la Dirección General de Seguros de 25 de septiembre de 1981 («B. O. E.», del 5 de octubre).

Se desarrollan algunos preceptos de la Orden de 12 de agosto de 1981, que refundió y actualizó la normativa aplicable al seguro de vida (reseñada en ADC, tomo XXXIV-IV, disposición núm. 10 de la Información legislativa).

La Resolución se refiere al cálculo de las reservas matemáticas y valores de rescate y a los sorteos de premios de capitales adicionales.

12. DESEMPLEO.—Regula las prestaciones complementarias.

Real Decreto 2.345/1981, de 4 de septiembre («B. O. E.» del 21 octubre).

En cumplimiento de los compromisos establecidos por el Acuerdo Nacional sobre Empleo, de 9 de junio de 1981, se amplía el ámbito de aplicación de las prestaciones complementarias de desempleo reguladas en el Real Decreto 920/1981, de 24 de abril, que aprobó el Reglamento de Prestaciones de Desempleo.

13. IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FISICAS.—Se aprueba el nuevo texto de su Reglamento.

Real Decreto 2.384/1981, de 3 de agosto («B. O. E.» de 24, 26 y 27 de octubre).

El nuevo texto sustituye al anterior Reglamento, aprobado por Real Decreto de 2 de noviembre de 1979, desarrollando y aclarando algunos aspectos de la regulación del Impuesto e incorporando las normas reglamentarias existentes sobre la materia.

Consta de 169 artículos distribuidos en diez capítulos, once disposiciones transitorias y tres finales. Destaca, por su importancia y generalidad, la disposición transitoria quinta, que recoge los tipos aplicables para el ejercicio 1981. Con vigencia igualmente limitada a este ejercicio se regula también el régimen de deducciones en la cuota del impuesto, en la forma establecida por la Ley de Presupuestos para 1981.

Las disposiciones finales segunda y tercera contienen las relaciones de disposiciones derogadas y subsistentes en relación con el Impuesto, respectivamente.

Existen algunas normas en el Reglamento que tienen especial interés para el Derecho civil, por referirse a materias propias de éste; por ejemplo: la afectación de elementos patrimoniales a una explotación económica (artículo 12), el concepto de unidad familiar (art. 15), la medición de pago

(art. 20), la residencia habitual (art. 21), la atribución de los rendimientos de entidades sin personalidad jurídica (art. 27), el régimen de transparencia (art. 28), el concepto de bien inmueble urbano (art. 49) o el de viviendas desocupadas (art. 50), el de gastos de conservación y reparación (art. 69), las alteraciones patrimoniales (art. 77) y la transmisión «mortis causa» de obligaciones tributarias. Estos preceptos manifiestan cómo se utilizan por las normas tributarias los conceptos técnicos propios del derecho privado y, en ocasiones, las modulaciones que introducen en ellos.

14. URBANISMO.—Adaptación de los Planes Generales de Ordenación Urbana y regulación de otras actuaciones urbanísticas.

Real Decreto-Ley 16/1981, de 16 de octubre («B. O. E.» del 22).

A) Exposición:

1. Ambito de aplicación: La aplicación de las disposiciones del Real Decreto-Ley se ajusta a las siguientes reglas:

a) Regla general. No será aplicable a los Planes y proyectos aprobados inicialmente o a los de iniciativa particular presentados en el Registro del órgano competente para su tramitación, antes de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley (disp. trans. primera).

b) Suspensión de licencias y régimen para la protección de la legalidad: Las disposiciones correspondientes del Real Decreto-Ley serán aplicables a los acuerdos adoptados y obras terminadas con posterioridad a su entrada en vigor (disp. trans. segunda).

c) Aprobación inicial de Planes parciales, especiales y estudios de detalle: El plazo señalado por el Real Decreto-Ley será aplicable a los municipios con planeamiento ajustado a la Ley del Suelo, texto refundido de 1976, y, en general, desde el 1 de enero de 1983 (disp. final 5.º).

d) Entrada en vigor: el mismo día de su publicación en el «B. O. E.» (disp. final 4.º).

2. Régimen urbanístico transitorio.

a) Planes generales de ordenación. Se adoptan dos medidas en relación con los mismos:

— continuarán vigentes los Planes no adaptados a la Ley del Suelo, texto refundido de 1976, siéndoles aplicable el régimen urbanístico del Título II de la misma.

— los Ayuntamientos deberán adaptar su planeamiento general a la vigente Ley del Suelo; para ello podrán modificar o revisar el planeamiento anterior, elaborando un Plan general o una norma subsidiaria de planeamiento.

— el órgano competente para aprobar definitivamente los nuevos instrumentos urbanísticos podrá señalar un plazo para la realización de la adaptación (art. 1).

b) Régimen transitorio del suelo.

Los terrenos afectados por Planes generales o normas subsidiarias no adaptados tendrán la siguiente clasificación:

1) Suelo urbano: los urbanos o de reserva urbana que estén dotados de los servicios urbanísticos esenciales o tengan su ordenación sólida (edificados 2/3 de los espacios aptos). También podrán los Ayuntamientos aprobar los proyectos de delimitación del suelo urbano que procedan. A todos estos terrenos será aplicable el artículo 83 de la vigente Ley del Suelo.

2) Suelo urbanizable: los urbanos o de reserva urbana que no reúnan los requisitos anteriores. Quedan sometidos al régimen del artículo 84 de la Ley del Suelo. Igualmente, los Planes parciales que se formulen deberán respetar lo establecido en los artículos 75 y 13 de la Ley.

3) Suelo no urbanizable: el clasificado como rústico, cuyo régimen será el establecido por el artículo 86 de la Ley.

c) Competencias urbanísticas: La aprobación definitiva de los instrumentos urbanísticos corresponderá a las siguientes entidades:

1. Planes parciales y especiales que se ajusten al Plan General; los Ayuntamientos de capitales de provincia y ciudades de más de 50.000 habitantes.
2. Reparcelación y compensación; los Ayuntamientos.
3. Proyectos de urbanización; la Administración Urbanística actuante.
4. Bases de los Programas de Actuación; los organismos y corporaciones competentes para su tramitación.

d) Tramitación de los Planes de ordenación:

1. Parciales y especiales que desarrollen el planeamiento general. Se establecen plazos limitados para la aprobación inicial, en casos de iniciativa particular (tres meses), la aprobación provisional (un año) y la definitiva (tres meses).

2. Planes especiales que no desarrollen el planeamiento general. Continúan sometidos a la Ley del Suelo y al Reglamento de Planeamiento.

3. Proyectos de urbanización y delimitación de polígonos o unidades de actuación y estudios de detalle. Se establece un plazo de tres meses para su aprobación definitiva, produciendo el silencio administrativo efectos positivos.

4. Incumplimiento de los plazos. La Comisión Provincial de Urbanismo actuará por subrogación cuando así lo soliciten los interesados. Son aplicables, en este caso, plazos especiales para la aprobación definitiva con silencio positivo.

5. Procedimiento de urgencia. Podrá declararse la urgencia por el Consejo de Ministros para la tramitación de Planes parciales o especiales, de iniciativa pública, cuyo fin principal sea la urbanización, creación de suelo o construcción de viviendas de protección oficial. Los plazos para las diferentes fases del procedimiento son, en este caso, especialmente reducidos.

e) *Suspensión de licencias:

1. Organismo competente para acordarla: Los que lo sean para la aprobación inicial y provisional de los instrumentos urbanísticos correspondientes.

2. Objeto de la suspensión: El otorgamiento de licencias de parcelación, edificación y demolición en áreas determinadas.

3. Finalidad de la suspensión. Estudiar la formación o reforma de planes

generales municipales, parciales, especiales, estudios de detalle o normas subsidiarias de planeamiento municipal.

4. Duración de la suspensión: Un año, en general; dos años en algunos casos. Siempre se extingue por la aprobación definitiva de los instrumentos urbanísticos.

5. Procedimiento: La suspensión deberá acordarse por el órgano competente y con las formalidades previstas en el Reglamento de Planeamiento.

6. Efectos futuros: Extinguida la suspensión no podrán acordarse nuevas suspensiones en el plazo de cinco años, por idéntica finalidad.

7. Suspensión automática: La producirá la aprobación inicial de los instrumentos de ordenación señalados, en relación con los terrenos objeto del planeamiento cuyas nuevas determinaciones supongan modificar el régimen urbanístico vigente (art. 8).

f) Protección de la legalidad urbanística:

El plazo para acomodar a la legalidad las obras realizadas sin licencia o sin ajustarse a sus condiciones (mediante la correspondiente autorización o demolición) será de cuatro años, contados desde su terminación.

El mismo plazo se aplicará a la prescripción de las infracciones urbanísticas en que tales obras incurrían.

B) Observaciones:

Las disposiciones del presente Real Decreto-Ley afectan de forma fundamental al Derecho urbanístico español, pudiendo distinguirse dos aspectos:

1) Derecho transitorio. La aplicación de las disposiciones transitorias de la Ley del Suelo (texto refundido de 9 de abril de 1976) planteó numerosos problemas, agravados por la persistencia, indefinida en muchos casos, de la situación de provisionalidad. El incumplimiento del mandato legal para adaptar los Planes Generales preexistentes a la nueva Ley (disp. transitoria 1.ª, que estableció un plazo de cuatro años prorrogado luego en 1979 y 1980) creó una situación de inseguridad que era preciso regular. El presente Real Decreto-Ley da una solución racional a los problemas planteados. Sobre la base de la necesaria adaptación del planeamiento a la vigente Ley del Suelo, establece un régimen transitorio para los terrenos afectados por planes anteriores que posibilita la aplicación de dicha Ley.

2) Modificaciones de la Ley del Suelo.—Sin limitarse temporalmente su vigencia se introducen algunas modificaciones en la vigente Ley del Suelo. Así ocurre con la regulación de las competencias para la aprobación de planes y demás instrumentos que sustituye buena parte del artículo 35 de la Ley y con la nueva tramitación aplicable a ciertos planes, que difiere del procedimiento general establecido por el artículo 41 de la misma. También se altera el régimen de la suspensión del otorgamiento de licencias urbanísticas (art. 27 L. S.), sobre todo los plazos de duración. Igual aspecto se reforma, con el fin de proteger la legalidad urbanística, en los artículos 185, p. 1 y 230, de la Ley del Suelo (hasta ahora ambos plazos eran de un año).

15. IMPUESTO GENERAL SOBRE EL TRAFICO DE LAS EMPRESAS.—
Nuevo Reglamento.

Real Decreto 2609/1981, de 19 de octubre. («BOE» de 5 y 6 de noviembre.)

El nuevo Reglamento de este impuesto sustituye al anterior de 23 de diciembre de 1971, que había sido modificado en 30 de junio de 1980. La razón fundamental de la reforma se encuentra en la necesidad de dar cabida en forma correcta a los nuevos criterios de la Ley de reforma de la imposición indirecta, de 25 de septiembre de 1979 (tarea realizada provisionalmente en 1980).

El Reglamento reitera que la sujeción a este impuesto de las transmisiones y arrendamientos de bienes inmuebles, realizados habitualmente y mediante contraprestación, sólo se produce cuando tales actos sean posteriores a 1 de julio de 1980 (art. 5).

También recoge el Reglamento, refiriéndose a las transmisiones de bienes inmuebles, la obligación de hacer constar, en el documento correspondiente, el importe devengado y el pendiente de devengar por este impuesto. Esta constancia, o bien el pago, exención o no sujeción al impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales es requisito necesario para la inscripción de la operación en el Registro de la Propiedad (art. 19 letra F).

Debe recordarse, finalmente, la incompatibilidad de este impuesto con el que grava las Transmisiones Patrimoniales, aunque sólo en cuanto al concepto «transmisiones patrimoniales onerosas» de este último (art. 4, p. 2; véase también el artículo 7, p. 5, del texto refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, aprobado por Real Decreto legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre).

16. BANDERA.—Se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas.

Ley 39/1981, de 28 de octubre. («BOE» del 12 de noviembre.)

La Ley se refiere en primer lugar al significado de la bandera, describiendo su composición. La bandera española deberá ondear en los edificios de la Administración del Estado y, en las condiciones que se establecen, sobre emplazamiento y preeminencia, en los edificios públicos de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales.

Se prohíbe expresamente utilizar en la bandera símbolos o siglas de partidos políticos, sindicatos, asociaciones o entidades privadas.

Debe recordarse que el escudo de España (que en ocasiones debe figurar en la bandera) fue descrito por la Ley 33/1981, de 5 de octubre («BOE» del 29) y su modelo oficial ha sido aprobado por el Real Decreto 2964/1981, de 18 de diciembre («BOE» del 19).

17. CORPORACIONES LOCALES.—Aprueba determinadas medidas sobre su régimen jurídico.

Ley 40/1981, de 28 de octubre. («BOE» del 12 de noviembre.)

Esta Ley es resultado de la tramitación como Proyecto de Ley del Real Decreto-Ley 3/1981, de 16 de enero. Se refiere a ciertos aspectos del régimen jurídico de las Corporaciones Locales (quórum, acuerdos, informes previos, contratación y medios de impugnación utilizables por la Administración del

Estado), función pública local (retribuciones y plantillas) régimen económico-financiero (presupuestos), ingresos locales (imposición y ordenación de tributos, cuotas del Impuesto Municipal sobre la Circulación, tarifas del Impuesto sobre Publicidad) y procedimiento económico-administrativo (reclamaciones en materia de presupuestos, imposición de tributos y aprobación o modificación de ordenanzas fiscales).

Se ordena al Gobierno la elaboración, en el plazo de un mes, de una tabla de normas vigentes sobre estas materias (disp. derogatoria), que ha sido publicada por el Real Decreto 3183/1981, de 29 de diciembre («BOE» del 31).

Como ya ocurrió en alguna ocasión anterior (Ley de apoyo fiscal a la vivienda, de 5 de julio de 1980; Ley sobre reconocimiento de servicios a funcionarios, de 10 de junio de 1980) la nueva Ley discrepa de lo establecido en el Real Decreto-Ley anterior, planteando, en consecuencia, situaciones transitorias de difícil solución.

18. SISTEMA TRIBUTARIO.—Cesión de tributos a la Generalidad de Cataluña.

Ley 41/1981, de 28 de octubre. («BOE» del 12 de noviembre.)

Se cede a la Generalidad el rendimiento que produzcan en Cataluña los siguientes tributos: Impuesto extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas, Impuesto General sobre Sucesiones, Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, Impuesto sobre el Lujo (sólo algunos conceptos) y Zona Estatal sobre Juegos de Suerte, Envite o Azar.

La normativa aplicable será en todo caso la vigente con carácter general en España, incluso las disposiciones interpretativas dictadas por la Administración del Estado.

Se determinan los puntos de conexión a considerar para entenderse producido el rendimiento de cada tributo en Cataluña y el alcance de las competencias delegadas en la Generalidad. A través de una Comisión Coordinadora mixta y una Junta Arbitral se canalizarán las relaciones de coordinación y los conflictos de atribuciones entre las Administraciones del Estado y de la Generalidad.

19. ADMINISTRACION DEL ESTADO.—Refundición de organismos autónomos.

Real Decreto 2878/1981, de 13 de noviembre. («BOE» de 5 de diciembre.)

Se suprimen los organismos autónomos, adscritos al Ministerio de Hacienda a través de la Dirección General de Seguros, siguientes:

- Comisaría del Seguro Obligatorio de Viajeros.
- Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación.
- Caja Central de Seguros.

Sus funciones, recursos y la totalidad de su patrimonio se transfieren al organismo autónomo «Consortio de Compensación de Seguros», de igual adscripción.

20. ADMINISTRACION DEL ESTADO.—Reestructuración.

Real Decreto 2823/1981, de 27 de noviembre. («BOE» del 2 de diciembre.)

Se modifican las competencias, estructuras y denominaciones de los tres departamentos ministeriales siguientes:

- Ministerio de Sanidad y Consumo.
- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y
- Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

Por Real Decreto 2924/1981, de 4 de diciembre («BOE» del 14) se detalla el alcance de la reestructuración.

21. RECURSOS HIDRAULICOS.—Se adoptan medidas excepcionales y transitorias.

Real Decreto-Ley 18/1981, de 4 de diciembre. («BOE» del 8.)

Limitando su vigencia hasta el día 31 de diciembre de 1982 se establece una serie de medidas para el aprovechamiento de los recursos hidráulicos.

1) Los contratos de obras destinadas a allegar recursos de agua o mejorar sus condiciones de aplicación podrán ser resueltos mediante un procedimiento sumario.

2) Se crean Comisiones, en el ámbito territorial, de cada Confederación Hidráulica o Servicio Hidráulico Insular, para intervenir y coordinar las actuaciones en la materia, con facultades para reducir o suspender cualquier aprovechamiento o actividad contaminante, durante un tiempo limitado y por razones de interés general.

3) El incumplimiento de las resoluciones que se adopten al respecto será sancionado administrativamente.

El Real Decreto 2899/1981, de 4 de diciembre («BOE» del 8) completa esta regulación declarando el interés general y la urgencia de las obras destinadas a allegar recursos de agua o mejorar su aplicación y estableciendo su financiación por el Banco de Crédito Local.

El régimen sancionador ha sido desarrollado por el Real Decreto 2918/1981, de 4 de diciembre («BOE» del 12), que establece la graduación de infracciones y sanciones y los órganos competentes a este respecto.

22. PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO.—Se aprueban para el año 1982.

Ley 44/1981, de 26 de diciembre. («BOE» de 28 y 29.)

La Ley aprueba los Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio económico de 1982 y, además, contiene una serie de «normas tributarias» para regir ciertos gravámenes que se devenguen en el mismo ejercicio.

Los tributos afectados por la Ley de Presupuestos son los siguientes:

1) Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Se modifican la escala de gravamen y las cuantías de las deducciones, dando entrada, también, a la deducción por razón de imposiciones en «cuentas fiscales de ahorro». Determinados preceptos de la Ley de Presupuestos para 1981 ven prorrogada su aplicación al año siguiente (arts. 29 a 33).

2) Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas. Se prorroga lo dispuesto, a este respecto, en los Presupuestos para 1980 (art. 34).

3) Impuesto sobre Sociedades. Se regula la deducción por inversiones en este Impuesto, fijándose los porcentajes y requisitos correspondientes. También se eleva el tipo de gravamen aplicable a las Cajas de Ahorro, Cajas Rurales, Cooperativas de Crédito y Mutuas de Seguros.

4) Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas: El tipo impositivo general se fija en el 3 por 100, señalándose los supuestos excepcionales cuyo tipo es distinto. Así, entregas a comerciantes minoristas o consumidores finales, 3,30 por 100; ventas empresariales de inmuebles, 3,50; entregas por comerciantes mayoristas, 0,70 por 100; espectáculos cinematográficos, 4,50 por 100.

Igualmente se modifican los tipos del recargo provincial, fijándose, en general, en el 1 por 100, con algunas excepciones (art. 38).

5) Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales: El tipo de gravamen de las transmisiones inmobiliarias pasa a ser el 5 por 100, aplicable también a los actos sujetos relativos a derechos reales sobre los mismos bienes, salvo los derechos reales de garantía (art. 39).

6) Impuesto sobre el lujo, Impuestos especiales, Tasas y tributos parafiscales: Ven alterados algunos de sus elementos tributarios (arts. 40 a 44).

7) Contribución Territorial Urbana: Se prorrogan las normas del Presupuesto anterior relativas a la fijación de los valores catastrales.

23. IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS.—Se modifica el régimen de retenciones en este Impuesto y en el Impuesto sobre Sociedades.

Real Decreto 3150/1981, de 29 de diciembre. («BOE» del 30.)

El régimen de las retenciones se acomoda a las modificaciones realizadas en el Impuesto por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1982, que eleva los tipos de gravamen y las deducciones familiares, introduciendo también una deducción sobre los rendimientos del trabajo personal.

También se acomete la regulación del régimen transitorio aplicable a las enajenaciones de acciones liberadas con cargo a cuentas de actualización o regulación, a efectos del gravamen de los incrementos patrimoniales.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ALCARAZ BARÓ, Francisco: "El bastanteo de poderes". Alicante, 1980. Editorial Confederación Española de Cajas de Ahorros. Impreso en Gráficas Díaz. Un volumen de 229 págs.

No hace mucho tiempo tuve ocasión de asistir a la XVI Convención de Asesores Jurídicos de Cajas de Ahorros, no habiendo faltado de todas ellas tan sólo a una por absoluta imposibilidad material de asistencia.

En esta última XVI Convención tuve oportunidad, al referirme al Congreso de Jurisconsultos celebrado en Zaragoza —cuya Comunicación sobre el mismo se me había recabado por la Escuela Superior de Cajas de Ahorro, sobre la que recae el peso y el mérito de su organización— de felicitar a mis compañeros por la eficacia de estas asambleas, por sus estudios jurídicos anchos y profundos, por las magistrales lecciones de unos que estimulan a los otros a aceptar el reto y prestar su recíproca colaboración.

En el correr de la vida, en la que —por obligaciones profesionales— he participado en tantas y tantas reuniones de índole parecida, yo diría que estas Convenciones de los Asesores Jurídicos de las Cajas de Ahorros —sin establecer términos comparativos— son de las más estimables que he podido conocer en mi larga experiencia jurídica.

El libro que ahora comento es una buena demostración de lo que acabo de afirmar. Su autor, profesor Francisco Alcaraz Baró, que comparte sus tareas docentes con su cargo de subdirector-letrado de la Caja de Ahorros Provincial de Alicante, ha sido concurrente asiduo a estas Convenciones, en las que intervino con enorme acierto múltiples veces: de palabra, en unas ocasiones, sobre la marcha del debate jurídico; y, en otras, con la aportación de importantes ponencias sobre temas como el impuesto de radicación, el aval cambiario, el protesto de la letra de cambio, y el mandato y el poder.

Precisamente, este trabajo: "El mandato y el poder", que constituyó su tesina para la colación del grado de la Licenciatura en la Facultad de Derecho en la Universidad de Valencia y que obtuvo la más alta calificación, fue después expuesta en una de las Convenciones anuales de Asesores Jurídicos de Cajas de Ahorros, en la que le animamos a que continuara trabajando sobre ello, al objeto de recoger aquella problemática que la representación voluntaria (el poder) presentaba continuamente, y las posibles soluciones que, en casos concretos, eran aconsejables.

El profesor Alcaraz Baró se hizo eco de nuestra solicitud, buscó bibliografía (muy abundante y que obra al final del libro), no menos

jurisprudencia, seleccionando una y otra, y adecuándolas a un plan sistemático plenamente acertado, tanto especulativa como pragmáticamente.

Hay, pues, dos partes bien diferenciadas en el tratamiento de la materia:

La primera, constitutiva de su estudio universitario inicial, que trata del mandato y del poder, su concepto y distinción, para entrar de lleno en la escritura de poder y su problemática jurídica ante el abogado en ejercicio, especialmente el vinculado a las Instituciones de Ahorro; explícita a seguido la doctrina del acto de administración al amparo del artículo 1.713 del Código civil, la del mandato sin poder en el Código civil y en el Código de comercio, y termina con el bastanteo de los documentos otorgados en países extranjeros.

En la segunda parte, Alcaraz Baró aborda, con una clarividente apreciación conceptual, el bastanteo de la escritura de representación o poder de las personas jurídicas, tanto de Derecho privado —sociedades civiles y mercantiles, asociaciones y fundaciones— como de Derecho público; explica con gran acierto la cuestión del poder otorgado por el empresario individual a sus auxiliares; la revocación del mandato y del poder, examinando de modo especial su posible respectiva irrevocabilidad; también el bastanteo del poder sustituido y, por último, la extinción del mandato y del poder.

Pronto se echa de ver en el decurso de tan meritoria obra que, si bien tuvo en sus inicios —la primera parte— una razón de ser más universitaria y docente, inmediatamente Alcaraz Baró comprendió que podía reportar una gran utilidad a sus compañeros de Cajas de Ahorros; por lo que —sin perder de vista el logro de su grado de licenciatura, como tesina— buen material de esta primera parte y, sobre todo, el contenido de la segunda, fueron elaborados en función del ejercicio profesional en unas asesorías como las de las Cajas de Ahorros, en las que el bastanteo de poderes es tarea que ocupa un importante lugar.

En virtud de este enfoque pragmático, llevado a efecto por Alcaraz Baró con una gran sabiduría y experiencia jurídicas, el libro es de inestimable valor tanto para la docencia universitaria, en la que se adiestran futuros abogados, como para los titulados activos y, en especial, los que se encuentran al frente de las asesorías de entidades de ahorro y —naturalmente— también bancarias, en las que el tema es algo que tienen que abordar y hacer frente todos los días, y muchas veces cada día.

FRANCISCO SALINAS QUIJADA

CODIGO CIVIL. Edición preparada por **CESAR SAMPERE, RODRIGUEZ,** bajo la dirección de **RORDRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO.** Madrid. Tecnos (1981).

Un cambio legislativo tan importante como el que ha experimentado durante el último año nuestro viejo Código civil justifica la revisión y puesta al día de las versiones ya en uso, tan profundamente desactualizadas. Una ocasión así puede ser también estímulo para hacer algo nuevo. Esto es pre-

cisamente lo que sucede con la edición del Código civil que nos ofrece la Editorial Tecnos, edición que no sólo por su estricta novedad, sino también por el cuidado y rigor con que se nos presenta no puede pasar desapercibida.

La edición de que ahora damos cuenta nos recuerda en su estructura interna a la versión crítica del Código civil publicada por Jerónimo López López y Carlos Melón Infante en 1967. Se compone de un interesante prólogo de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Una segunda parte en que como antecedentes del Código civil se recogen, con sus correspondientes exposiciones de motivos, la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 y las demás disposiciones (leyes, reales decretos, reales órdenes) que acompañaron a la promulgación de nuestro Código. Sigue el texto actualizado del Código civil, en el que se insertan modificaciones en él introducidas por la Ley 11/1981 de 13 de mayo, y la Ley 30/1981 de 7 de julio. La última parte de la edición está dedicada a todas las modificaciones al Código civil. Ahí están, una a una, por orden cronológico (con su correspondiente exposición de motivos, disposiciones transitorias, disposiciones derogatorias...) todas las leyes que sucesivamente han ido introduciendo modificaciones en algunos textos del Código civil, instrumento imprescindible a la hora de valorar el sentido y el alcance de los textos modificados. El lector encontrará, por fin, un índice alfabético muy detallado.

Para hacer una buena edición de un Código, no basta con conformarse en realizar una mera transcripción de textos; es preciso entrar en un análisis más detenido de ellos, resolviendo a veces problemas de fondo. El cuidado con que se haga esto, nos pone de manifiesto el valor de una edición. Hay detalles en la que reseñamos que pueden servir de exponente del empeño que se ha puesto en ofrecer al lector una edición cuidada. Cuidado que se ha extendido a la forma de presentación, logrando conseguir, a nuestro juicio, un formato agradable, con el empleo de la doble columna.

Y para concluir esta breve nota, permítanos el lector que le ofrezcamos dos interesantes párrafos del prólogo, con los que Rodrigo Bercovitz nos invita a reflexionar sobre el futuro de nuestro ya casi centenario Código civil:

«Sin embargo, todavía no he expuesto cuál es —a mi modo de ver— la razón más importante por la que creo indispensable seguir cultivando el Código civil, estudiándolo y actualizándolo, la razón por la que hay que desechar rotundamente la idea de que el Código civil deba ser abandonado antes o después a excepción de las partes que dedica al Derecho de Familia y al Derecho de Sucesiones. En esa razón radica su significado más profundo y su principal valor. En ella radica que deba seguir siendo considerado como el primer cuerpo legal del Ordenamiento civil. El Código es el heredero principal de toda la dogmática jurídica que, procedente del Derecho común, fue trasvasada al Derecho moderno, precisamente a través de los textos codificados y, por ello, ha sido y ha seguido siendo la base del razonamiento y de las construcciones jurídicas. En sus artículos se encuentran encarnadas ejemplarmente la mayor parte de los dogmas, figuras, técnicas y conceptos, frutos de la tradición y de la doctrina, que constituyen el acervo común de los juristas. Por ello se ha podido decir, con fundamento, que el Código civil

sigue siendo el texto legal que contiene las bases de nuestro sistema patrimonial. El abandono del Código supone la dilapidación de ese conjunto de conocimientos esencial para un desarrollo armonioso del Derecho privado e incluso del Derecho general. Ese significado del Código le convierte en un cuerpo legal de difícil sustitución. Únicamente se ofrece como vía razonable la de profundizar en él a través de su estudio y la de actualizarlo cuando ese estudio muestre la conveniencia de hacerlo en algunas de sus partes.»

«Es preciso insistir en algo que todos los juristas repiten, pero que nunca se cumple. El estudio y la calma son requisitos indispensables para legislar bien. Esto es aún más cierto para la labor de codificación consistente en actualizar un Código. La renovación del Código civil que propugno no debe ser llevada a cabo precipitadamente. Las prisas en las diversas reformas del Código civil se han pagado siempre con graves errores técnicos que han ido rebajando la calidad original del mismo. Desgraciadamente de ello no han quedado exentas las dos últimas reformas de 1981 relativas al Derecho de Familia. Hay que tener en cuenta que, salvo supuestos excepcionales (parece claro que así ocurría con respecto a las dos mencionadas reformas) es preferible madurar suficientemente las modificaciones que se pretendan introducir con el fin de garantizar su corrección técnica y su concordancia sistemática con el resto del Código, aunque ello implique algún coste social. Mientras tanto, no hay que olvidar que el lenguaje poco técnico de nuestro Código civil y la incitación a una interpretación del mismo acorde con las necesidades actuales, implícita en el artículo 3.º, párrafo 1 del mismo, a partir de la Reforma de su Título Preliminar de 1974, constituyen los presupuestos de una interpretación flexible de sus normas, que las puede adecuar (aunque ello sea transitoriamente) a las nuevas circunstancias que se vayan produciendo.»

A. M.

COSSIO, Alfonso de: "Dictámenes civiles". Selección, preparación y edición al cuidado de José León Alonso. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1981. Un volumen de 418 páginas.

La iniciativa y realización de publicar una parte de los dictámenes elaborados por el gran maestro civilista que fue el profesor Cossío, hay que agradecerla mucho, ya que viene a enriquecer y complementar la faceta de gran publicista en cuanto a sus estudios y escritos y, sobre todo, nos muestra la modalidad de hacer justicia, su "*ars bona et aequi*", esa tarea tan genuina e idónea del jurisprudente cuando es consultado y ha de asesorar en la actuación procesal del conflicto de intereses.

En la selección de estos veintisiete dictámenes del ilustre profesor Cossío, en cuanto a la temática civilista, se advierte una vez más la maestría y profundidad de sus conocimientos y experiencia doctrinal y jurisprudencial en el ámbito de las instituciones jurídicas, así como del Derecho comparado, en cuanto al tratamiento de las relaciones jurídicas concretas y, sobre todo, su exigente y preciso rigor lógico para poner

en práctica ese elevado sentimiento de la justicia que caracterizó su vida, tanto en su quehacer profesional como en todos los demás ámbitos de su actividad humana.

La variedad de la materia tratada en estos dictámenes es como un reflejo de su vida misma, con sus diversos y plurales matices en el ejercicio de la libertad dentro de las relaciones jurídicas, donde resalta la precisión de sus planteamientos, sus aplicaciones concretas y lo conciso de sus resoluciones con la técnica civilista más depurada.

El primer dictamen trata de la situación legal de la persona jurídica y de la forma de llevar a efecto la liquidación de la misma; le sigue el referente a la calificación jurídica de un arrendamiento como local de negocio o bien como arrendamiento de industria; se añaden, el referente a la situación jurídica a que da lugar un subarriendo o cesión inconsciente del arrendamiento; el de las cuestiones que pueden surgir por defecto de forma y de legitimación en la interposición de una acción de retracto, así como por caducidad o inexistencia del derecho; el de un contrato de opción de compra celebrado por un mandatario verbal y las consecuencias a que queda sometido por el posterior acto de revocación o ratificación; la posible existencia de dolo o fraude por quien recibe una cantidad en concepto de fianza para atender a una póliza de crédito anteriormente concedida; la responsabilidad nacida para el Estado por hechos cometidos por un agente administrador de lotería y las acciones que de ello se derivan por los tenedores de participaciones premiadas; la eficacia de una compraventa simulada y acciones de que puede disponerse para recuperar la cosa y anular la transmisión efectuada; si el carácter ganancial de un bien puede determinar la compraventa como de cosa ajena y la consiguiente ineficacia del contrato por vicio del consentimiento; los problemas suscitados por un contrato de compraventa de acciones por una sociedad subrogada en los derechos de los primitivos compradores frente a otra entidad que resulta afectada a un procedimiento de suspensión de pagos; las cuestiones a que pueden dar lugar la prescripción del dominio y medios legales para lograrla; la propiedad de unas aguas subterráneas por un contrato de compraventa celebrado entre el Ayuntamiento y un particular propietario presunto del fundo donde las aguas fueron alumbradas; la titularidad de unos bienes afectos a un pacto fiduciario y consecuencias que la enajenación de los mismos pueda tener en el doble plano real y personal que deriva de dicho pacto; la división de la cosa común de la que resulta un exceso de adjudicación para un condómino con la consiguiente compensación de las cláusulas estabilizadoras; la titularidad de una relación social y legitimidad del uso por otra cuya inscripción resulta contradictoria con la vigente anterior a la fecha de la constitución; la existencia de una servidumbre de luces y paso o, simplemente, de meros actos de tolerancia por parte del titular del presunto fundo sirviente; la concurrencia de varios créditos cuya preferencia se discute y fundamentalmente cuestiones a que puede dar lugar la existencia de un contrato de prenda en relación con aquellos créditos.

En el ámbito del Derecho de familia y sucesorio, el ilustre maestro,

profesor Cossío, abordó cuestiones como la subsistencia de un matrimonio civil celebrado al amparo de la Ley de 1932 y las consecuencias derivadas en orden a la filiación; los posibles derechos sucesorios que pueden derivarse en favor de un hijo adoptivo a la herencia de su causante fallecido abintestato; la impugnación de una partición de herencia realizada por un menor sometido a tutela ante el evidente perjuicio sufrido por éste en aquélla, al no habersele rendido las cuentas pertinentes; la validez de unas enajenaciones realizadas sobre los bienes de la herencia del marido pesando sobre aquéllos un gravamen de residuo; las varias cuestiones suscitadas por la colación de unas donaciones que, con distinto carácter, han de ser revisadas en evitación de posibles riesgos y perjuicios para sus beneficiarios; la existencia de varios legados para cuya reducción han de buscarse las fórmulas compensatorias adecuadas a los generales intereses de todos los legatarios; el alcance que debe dársele a un testamento en el que se ha producido la preterición de un hijo natural y repercusión que tal circunstancia pueda tener para los herederos; la posible revocación de un testamento por otro posterior ante la presunta preterición de un hijo adulterino contenida en el primero de dichos testamentos; y, por último, la validez de una cláusula testamentaria de prohibición de intervención judicial y ámbito de las facultades concedidas a un albacea contador-partidor en el ejercicio de sus funciones.

JOSÉ BONET CORREA

FERRARO, Giuseppe: "Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela". Pubblicazione dell'Istituto di Diritto Privato della Facoltà di Economia e Commercio. Università di Napoli. CEDAM-Padova, 1981, 426 págs.

El autor acomete en esta obra el tratamiento de un tema de gran actualidad desde las coordenadas de su realidad social, pero cuyos datos relevantes pueden apreciarse sin mucho esfuerzo en nuestro país, en el que no conozco la existencia de una monografía sobre dicha temática. No significa ello que el fenómeno haya pasado desapercibido en nuestra doctrina, como puede comprobarse en las denuncias tangenciales de varios autores, entre ellos el profesor Lavilla en su obra *Introducción a la Economía del Trabajo* cuando toca el tema de la quiebra de los principios informadores de nuestro Derecho laboral, sino que aún está por plantearse un análisis sobre el tema en profundidad tal y como lo lleva a cabo el profesor italiano, quizá porque en nuestro país aún está por definirse la relación Estado-Sindicato, a la que concede tanta importancia Ferraro.

Para el autor (creo que de forma acertada) el Derecho del trabajo vigente en un cierto período histórico viene determinado por una serie de factores complejos de orden institucional, económico, político y social. Su desarrollo es sumamente sensible a la evolución del ciclo económico-social y al reparto de poder entre las distintas clases sociales. En Italia, desde un plano estrictamente normativo, constata el autor una continui-

dad del ordenamiento laboral en el camino de reforzamiento de su labor tuitiva; la relación dialéctica entre las dos principales fuentes de reglamentación de la situación laboral (Ley y convenio colectivo) se ha caracterizado por perseguir un mismo objetivo final, ya que la normativa legal no se ha limitado a un papel auxiliar de mera generalización y sistematización técnica del contenido contractual, sino que ha cumplido verdaderas funciones promocionales. Se constituyó un derecho finalista dedicado a conseguir la progresiva elevación del trabajador por cuenta ajena hasta la plena realización de su personalidad y dignidad. Justamente estos caracteres se concretaron en la enunciación de la serie de principios informadores que dieron lugar a la separación del Derecho del Trabajo del Derecho civil. La dialéctica entre las dos fuentes de esta rama del Derecho, mantenía a la Ley como sistema protector mínimo inderogable por la generalidad de los trabajadores y a la regulación contractual colectiva como un sistema promocional inderogable singularmente en perjuicio del trabajador.

Las anteriores características convirtieron al Derecho del Trabajo en un ordenamiento de dinámica unidireccional, siempre mejorable, sobre todo en la época del desarrollo económico, con subidas de salarios sustancialmente continuas y paralelo crecimiento del poder sindical. Este fenómeno, a pesar de las especiales circunstancias españolas en dicha época, puede también constatararse en nuestra nación.

Al llegar a este punto, el autor se pregunta si puede predicarse lo mismo en el seno de un sistema económico en crisis y con claros signos de involución, en el que se van asentando nuevos equilibrios políticos y sociales que sustituyen a los que le precedieron. La pregunta es coherente con el planteamiento dado al tema y a contestarla se dispone Ferraro en el resto de la obra, con análisis preciso de los rasgos más característicos de la nueva situación legislativa, económica, política y social.

Contempla en primer lugar cómo en la realidad italiana se inicia la quiebra de la invariabilidad e irreversibilidad de la marcha del Derecho laboral en el cumplimiento de su labor tuitiva cuando por la reglamentación pública se inician frenazos y retrocesos con ánimo coyuntural que terminan en una "coyuntura mantenida". Analiza el autor una serie de fenómenos determinantes del cambio:

Aprécia cómo la nueva normativa sobre la movilidad afecta a institutos tradicionales como el período de prueba, el *ius variandi*, contrato de trabajo, etc., produciendo una nueva concepción del esquema contractual.

Se concede al sindicato funciones tradicionalmente de competencia pública a través de las normas relativamente inderogables, concediéndole un poder derogatorio a la contratación colectiva respecto a la normativa legal.

La jurisprudencia ha evolucionado en algunos temas cruciales, sobre todo en la dialéctica Ley-convenio colectivo se aprecia un intento de revalorizar el segundo, reconociendo la derogabilidad de las cláusulas contenidas en los convenios colectivos obligatorios *erga omnes* según la legislación italiana de 1959. La posición tradicional se inspiraba en la

convicción de que existía una rígida relación de jerarquía entre el convenio de empresa y el convenio nacional, hasta que la jurisprudencia ha aceptado la derogabilidad, incluso *in peius*, del convenio de mayor ámbito de aplicación por parte del convenio de empresa, basándose en la autonomía del movimiento organizativo sindical a los que ha de corresponder una paralela autonomía contractual, dirección jurisprudencial que puede facilitar el fragmentamiento del mercado de trabajo.

Para Ferraro resulta indudable que la particular coyuntura económica constituye un factor determinante en la atenuación del carácter tuitivo y de garantía del Derecho del Trabajo, pero que ya no se trata de una suspensión coyuntural, sino que significa un cambio en la técnica y en el mecanismo de tutela de la clase obrera, a través de un modelo de política legislativa distinto del tradicional.

Este proceso de cambio encuentra principal justificación en un fenómeno producido en los últimos años y reconducible a una evolución en el papel y posición del Estado en la realidad social y en su particular equilibrio de fuerzas con el sindicato. Principal factor de innovación es el cambio producido en el modelo público de reglamentación de las relaciones de trabajo. De la época del intervencionismo clásico a la actual, el énfasis ha pasado del contrato de trabajo al convenio colectivo, haciéndose necesario un nuevo equilibrio entre los intereses individuales, colectivos y generales que han repercutido de inmediato en la dinámica de las fuentes del Derecho del Trabajo, cambiando el anterior esquema en una dirección de mayor flexibilidad y dinamismo. Aparte de que la incentivación de la acción sindical y de la contratación colectiva producida en los últimos años constituye una parte importante de la normativa de asistencia al sistema industrial en los actuales momentos de crisis del sistema económico.

El Estado emite toda una legislación promocional de la actividad sindical que partiendo del modelo corporativo, pasa por la influencia del artículo 39 de la Constitución italiana, por la programación económica de los años sesenta y desemboca en el momento actual fuertemente influenciada por el *statuto dei lavoratori*. El modelo gira en torno a un particular mecanismo selectivo constituido por la figura del sindicato más representativo (*Sindacato maggiormente rappresentativo*), dentro de una voluntad de revalorización de la autonomía colectiva. En esta fase el sindicato se introduce en la dinámica política e institucional. En torno a estos datos gira en Italia el complejo de disposiciones normativas que definen el papel del sindicato en el sistema jurídico y la concesión de una serie de competencias, funciones y prerrogativas que antes eran exclusivas de los órganos públicos. Por otra parte, también emite el Estado una heterogénea normativa que incide sobre la relación de equilibrio entre salario y fuerza de trabajo, especialmente los incentivos al empleo juvenil, de edad madura, desempleados, etc., que afecta fundamentalmente a la movilidad de la mano de obra. Otro elemento de la situación actual consiste en la integración de la estructura administrativa pública y el sistema económico privado de producción, con el apoyo concertado

de la parte social, a un nivel general que, en última instancia, constituye la base de apoyo de la normativa de ayuda al sector industrial.

Resumiendo, que si el contenido y función del Derecho del trabajo es, en cualquier período histórico, resultado de un equilibrio de fuerzas entre las clases sociales, el hecho de que durante un período temporal determinado su dirección haya sido unilateral no significa que no sea susceptible de cambio en su orientación; es más, que ese cambio se está fraguando en nuestros días y que puede apreciarse del análisis de los fenómenos sociales conectados con el Derecho laboral. Así parece a través del análisis de Ferraro, aunque su afirmación tangencial de que se trata de una vuelta de la disciplina laboral al seno del Derecho civil me sigue pareciendo aventurada, al menos en el momento actual, ya que, si bien el primitivo desequilibrio entre trabajador y empleador puede quedar subsanado por la contratación colectiva, queda todavía mucho contenido en el Derecho laboral en el que se produce la desigualdad entre las partes en la relación laboral que obliga a mantener, al menos, el principio tuitivo del *in dubio*, aunque se me puede contestar el principio interpretativo contractual del *in dubio contra stipulatorem*, pero esto es otra historia y, en el caso específico del auge del mismo quizá sean los albores del despegue del seno del Derecho civil de una nueva disciplina, la del Derecho del consumidor, capaz de elaborar principios propios con finalidades de tutela y de garantía para lo cual, nuestra Patria, no carece de apoyo constitucional (arts. 51 y 53 de la Constitución de 1978). Nos podría llevar a la formulación del Derecho social que encuadrara al laboral, de arrendamientos, del consumidor, etc., aunque hay que reseñar el fuerte impulso progresista producido en la doctrina civilística italiana que, conocida en profundidad, quizá pudieran justificar las palabras del autor.

Los puntos cumbres del análisis de Ferraro son desarrollados a lo largo de la obra con gran claridad y precisión metodológica, cuya crítica excede del propósito de esta recensión. Dichos puntos son:

a) El carácter de la legislación promocional de la actividad sindical y el significado normativo implícito en el recurso a la fórmula del sindicato más representativo, que supone un análisis de dicha legislación y de su aplicación a la realidad social, así como de sus consecuencias de todo orden en el medio económico.

b) El anterior punto lleva a Ferraro a cuestionarse cuál es el efecto en el contrato de trabajo y sus instituciones de la nueva relación dialéctica Estado-Sindicato, con un examen profundo de algunas instituciones en el nuevo marco, como el despido, la suspensión del contrato de trabajo, la transferencia de empresas, la organización del trabajo y el encuadramiento profesional, etc.

c) El tercer punto consiste en el estudio de la dialéctica entre la norma legal y la de convenio colectivo en la actual situación creada por la influencia ejercida merced a la nueva relación de fuerzas entre el Estado y el Sindicato.

d) Termina el autor sus planteamientos puntuales analizando la

dinámica de lo estudiado en relación con la conflictividad laboral, incli-
diendo profundamente en las situaciones creadas merced a los fenómenos
por él detectados.

Guarda un último capítulo Ferraro para exponer sus conclusiones,
cuyo contenido dejó a la curiosidad del lector, ya que su reseña aquí, sin
el conocimiento de su investigación científicamente planteada, podría
resultar atrevida y abusiva.

El tema que acomete el autor resulta muy interesante para nuestra
realidad nacional, salvando las distancias de estructura e historia. Nues-
tro entorno carece de la experiencia y fortaleza del movimiento sindical
italiano, aparte de que la posible legislación promocional sobre el mismo
se encuentra obstaculizada por los medios empresariales a través de re-
cursos que han de resultar claros a cualquier atento espectador de nues-
tra realidad, indiferentemente de la postura político-social que se adopte
que, en última instancia, sólo servirá para aplaudir o denostar dicha la-
bor obstaculizadora.

A. F. VALDIVIA

GENDREL, Michel: "Dictionnaire des principaux sigles utilisés dans le
monde juridique". De A a Z (up). París, 1980. Editions Montchrestien.
Un volumen de XVI + 171 págs.

Esta obra, que comprende todas las siglas del mundo jurídico francés,
se ha compuesto como un diccionario, alfabéticamente, de modo que
el iniciado, o ya el especialista, cuenten a su alcance con un instrumento
muy útil para identificarlas. La importancia de tener reunidas las sig-
las innumerables que hoy se utilizan en el mundo jurídico francés es
destacada por el ilustre prologista, profesor Carbonnier, como la solución
a la resolución del enigma que comporta esta modalidad criptograma tan
frecuente en las expresiones escritas del hombre de nuestros días. Estas
siglas jurídicas vienen a engrosar el nuevo bosque de los símbolos de un
mundo burocratizado y científico; aunque en él no se produce la penuria
de papel como la de los papiros en la antigüedad, razones de simplifica-
ción y de estética, como de abstracción, conducen a esta "siglificación" o
esqueletización en consonantes, que, en buena parte, debemos a los fi-
lólogos.

En esta nueva tierra o campo de las siglas del Derecho, su empleo
ya constituye una costumbre jurídica que participa del sistema interpreta-
tivo, no pudiéndose desconocer del mismo modo que ocurre en todo el
mundo en cuanto a la presunción sobre la ignorancia de las leyes. Si de
las siglas pasamos a los signos (\wedge para significar "derecho" y $O\infty$ para
el "no derecho", por ej.) damos un paso más en nuestra capacidad uni-
versal de abstracción y su exteriorización mediante el simple impacto,
el reconocimiento instantáneo, al igual que las antiguas inscripciones,
sin el esfuerzo discursivo del mensaje y con la garantía perdurable ante
los medios materiales perecederos; frente al sentido aproximativo de
la descripción se elige el significado riguroso de la sigla.

La obra no pretende agotar y reunir todas las siglas jurídicas, pero sí de las más fundamentales y significativas dentro de las especialidades; su ámbito, pues, en el Derecho público y privado, así como de ciertas materias auxiliares o vecinas (en lo fiscal y en lo económico, por ej.); se trata, naturalmente, de las siglas actuales y no de las pasadas o históricas, si bien de algunas que ya han nacido antes y persisten. Se refieren al Derecho francés, sin haber excluido las del ámbito belga y, excepcionalmente, bastantes alemanas, de los países anglosajones (grandes consumidores en la materia) debido a los organismos internacionales.

Si una misma sigla ha recibido varias denominaciones ha sido elevada a un número de modo que resulte identificado su contenido (RTDC², por ej.); las extranjeras se mantienen en su originalidad, mientras que las letras mayúsculas se emplean para la identificación de todas ellas y las minúsculas quedan para un menester o ámbito supletorio circunscrito a cada país.

En la obra, además, se dan ciertas reflexiones sociológico-filosóficas y gramaticales, aunque no lo sean en un sentido propio, como ocurre en cuanto a los nuevos vocablos, algunos impronunciables (CLX, por ej.), otros humorísticos o ya poco armónicos; también es interesante la derivación sustantivada que han provocado alguno de ellos, como ocurre con los políticos, a propósito de los "ugetistas", etc.

He aquí, pues, una obra que trata y reflexiona sobre la economía del tiempo que el hombre intenta en el espacio escrito, tanto como de su coste en dinero y que amalgama en la sigla la rapidez como el esfuerzo de pensar; una obra instrumental, pero fundamental, que la intelectualidad jurídica española debe tomar buena nota para llegar a análogos resultados.

JOSÉ BONET CORREA

GIL ROBLES Y GIL DELGADO, José M.^a: "Comentarios prácticos a la Ley de Arrendamientos Rústicos". Madrid, 1981. Editorial Civitas. Un volumen de 403 págs., con la colaboración de Ignacio Gil-Robles y Juan Beceril.

De esta primicia bibliográfica (1), en torno a la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos, bien puede decirse que se trata de una publicación excelente en cuanto a sus antecedentes legales y debates parlamentarios, sin que estos comentarios alcancen, todavía, su adjetivación de prácticos, puesto que la nueva normativa carece aún del rodaje suficiente en cuanto a su aplicación e interpretación ante la doctrina legal de nues-

(1) *Hasta ahora, hay que añadir los estudios de LIÑAN, *La Ley de Arrendamientos Rústicos*, en *Administración Rústica y Urbana*, 38 (octubre-diciembre 1980), pp. 28 ss.; MASA, *La nueva Ley de Arrendamientos Rústicos*, en *Administración Rústica y Urbana*, 39 (enero-marzo 1981), pp. 10 y ss., y *Líneas generales de la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos*, en *Actualidad Jurídica*, 3 (1981), pp. 44 ss.; BONET CORREA, *Los arrendamientos rústicos con renta actualizada*, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, XXXIV-3 (1981), pp. 747 ss.

tro Tribunal Supremo. Ahora bien, si con esa adjetivación se ha pretendido darle a la obra un enfoque sistemático, menos pretencioso al de su estudio monográfico o de un tratado, el acierto es evidente, ya que se transmite una valiosa experiencia personal de los autores sobre esta materia de tanto interés para nuestra agricultura y sus agricultores.

El prólogo de Ramos Armero pone en evidencia con certero análisis histórico el significado de esta compleja relación de cesión de uso y disfrute de un inmueble rústico por parte de su propietario a otra persona que denominamos arrendatario, quien paga una renta; la abstracción que consigue esta imagen "ilustrada" del contrato de arrendamiento rústico en nuestro Código civil, queda desbordada en su interpretación individualista o patrimonialista por la nueva concepción social de la propiedad. De aquí que, la normativa recogida por nuestro Código civil —culminación final del "antiguo régimen"—, resulte superada por todos los acontecimientos políticos, sociales y económicos, tanto como bélicos, acaecidos durante el siglo XX. Con la acentuación y defensa del sentimiento de solidaridad social entre los hombres respecto al disfrute de los bienes, que coincide con los enormes avances de las técnicas de producción y transporte y de las disponibilidades para su consumo, la relación arrendaticia rústica va a sopesar condicionamientos humanos de vital importancia para los que trabajan la tierra, sus familias, la economía nacional y la internacional.

El campo español pasará de su estructura feudal —que bien puede decirse llega hasta la época decimonónica— a una economía industrial mecanizada, ya bien entrado el presente siglo, pero sin la infraestructura económica y bancaria necesarias para superar su vieja ansia de reforma agraria; una "reforma agraria" históricamente cargada de acentos y extremismos políticos más que de la ecuanimidad necesaria en su ámbito social y financiero. En este aspecto, la nueva normativa parece haber avanzado en cuanto a los derechos y garantías del *status* del agricultor, como un "profesional de la agricultura", que evite los abusos y el empleo del "hombre por el hombre" en relación de dependencia y esclavitud larvada, posibilitando de manera eficaz y real la posible dedicación autónoma al cultivo de la tierra, al permitir su capitalización concreta, según se dispone en el artículo 85 de la nueva normativa, ya que "el Estado habilitará líneas especiales de crédito en las condiciones más favorables de las que se autoricen para el crédito oficial, a fin de facilitar a los arrendatarios el ejercicio de su derecho de acceso a la propiedad".

Efectivamente, el arrendatario español, al igual que todo profesional de la agricultura, está sediento de inversión, le faltan los recursos de capitalización para salir de esa tarea primitiva y rutinaria de arañar la tierra en un laboreo tradicional, irracional e improductivo que desemboca en la insuficiencia o la emigración. Si de verdad quiere ponerse remedio al campo español hágase de un modo imitativo como lo que hacen esos otros países progresistas con sus "planes verdes", con sus racionalizaciones selectivas, sus investigaciones agronómicas y su capitalización a los destinatarios que labran el campo. Es que mientras le falte el crédito

a la agricultura desaparecerá toda esperanza de una auténtica restauración social del agricultor como un profesional y hasta de ciudadano español con los mismos derechos y deberes constitucionales a que tiene acceso cualquier otro empresario. Esperemos que no se cumpla el vaticinio de los comentaristas de esta obra que reseñamos, cuando dicen a propósito del comentario a este artículo 85, que “por lo demás, el precepto tiene un carácter mucho más retórico-pragmático que propiamente normativo, pues, por sí mismo no otorga a los arrendatarios derecho alguno, ni fija plazo para que el Estado habilite esas líneas especiales de crédito, cuya cuantía queda, a mayor abundamiento, indeterminada”.

JOSÉ BONET CORREA

GIL RODRIGUEZ, Jacinto: “El usufructo de acciones (aspectos civiles)”. Madrid, 1981. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Un volumen de 510 págs.

Este estudio monográfico sobre el usufructo de acciones, cuyo origen y desarrollo tuvo como finalidad la tesis doctoral del autor, es una contribución muy profunda y bien elaborada. Al ser un tema preferentemente mercantil por su objeto o materia, las acciones de sociedades, pero recae sobre el usufructo, un derecho genuinamente civil en cuanto modalidad de uso y disfrute, el autor fue consciente de la necesidad de su enfoque interdisciplinar, por lo que ha tratado de llegar a una consideración unitaria frente a una cierta discordia doctrinal ante la norma reguladora del usufructo de acciones, considerada dentro de su ámbito societario (artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas). A la vista de corrientes diversificadoras de aspectos que actualmente mantiene nuestro Tribunal Supremo y ante el nuevo “Anteproyecto de la Ley de Sociedades Anónimas” que pretende mercantilizar más el usufructo de acciones, el profesor Gil Rodríguez intenta destacar el genuino sentido civil del usufructo sin que la mercantilización cree favoritismos tan sólo para el nudo propietario.

Este estudio sobre el usufructo de acciones queda encuadrado en nueve amplios capítulos que dan la medida del fundamento y alcance de su desarrollo, desde la categoría más amplia del usufructo de derechos hasta su concreta consideración del usufructo de acciones. De aquí que en el primer capítulo se considere el entronque dogmático del usufructo de acciones y se siga en el segundo con el estudio de su doble aspecto y regulación civil y mercantil y el particular análisis del artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas.

El capítulo tercero examina la constitución y entrada en el goce de las acciones, para pasar a la cuestión fundamental tratada en los sucesivos capítulos (cuarto, quinto, sexto y séptimo) sobre el contenido de dicho usufructo de acciones en sus aspectos concretos, como la posesión jurídica de socio y la posesión del documento-acción, los derechos admi-

nistrativos, el derecho de participar en el reparto de las ganancias sociales, el derecho de participación en el patrimonio resultante de la liquidación y el aprovechamiento de otras ventajas sociales.

La problemática surgida de la ampliación y de la reducción de capital social viene a constituir el capítulo octavo sobre la modificación del usufructo de acciones; por último, en cuanto a la extinción de dicho usufructo de acciones se trata la aplicación de las causas generales y, particularmente, se hacen las precisiones sobre el impago de dividendos pasivos como causa extintiva del usufructo de acciones no liberadas.

Esta obra, muy bien documentada y trabajada en cuanto a los criterios doctrinales y jurisprudenciales españoles, concluye con un amplio elenco bibliográfico sobre el tema dentro del ámbito francés e italiano.

JOSÉ BONET CORREA

GIMENEZ-CANDELA, Teresa: "El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal". Pamplona, 1981. Editorial EUNSA. Un volumen de 418 págs.

Entre los estudios y aportaciones que merecen una nueva revisión crítica por los romanistas hay que destacar esta monografía sobre el régimen pretorio subsidiario de la acción noxal, es decir, una de las vías creadas por el Pretor para castigar al que, en la *interrogatio in iure*, había mentido al negar su potestas sobre el *servus*, no presente *in iure*, o había actuado dolosamente para perderla.

Según expone con precisión la autora, la reconstrucción del régimen de esta acción entrañaba una dificultad especial, por cuanto, en los textos, las cuestiones específicamente referidas a ella se encuentran enlazadas con el régimen general de las acciones noxales; las cuestiones planteadas eran muchas: cuándo se da esta acción, contra quién prospera, en qué medida es una acción distinta de la acción noxal ordinaria, etc.; una dificultad de otra índole constituía el tratamiento que la doctrina ha dado al tema, inclinándose más a pensar en esta acción como un incidente más dentro del trámite noxal que a considerarla una acción distinta, tal como concluye la autora de esta monografía, pues fue objeto de un edicto especial que Ulpiano trató en el Digesto (9,4,21,2).

Como conclusión al tema central de este estudio, la autora cree poder mantener que la *actio sine noxae deditio* es una acción *in factum* fundada en la respuesta negativa del demandado a la *interrogatio an servus suus sit et in potestate eius esse*, en la que el demandante debe probar la falsedad de la respuesta, o el hecho de haberse perdido dolosamente la potestas sobre el esclavo, para conseguir una *condemnatio* en la misma pena a que hubiere conducido la acción noxal, sin mención en la *condemnatio* de la alternativa de *noxae dedere*.

Este magnífico estudio de investigación sobre las fuentes del Derecho romano va precedido de una introducción en la que se expone y destaca el criterio de los romanistas más insignes en la materia. Le sigue una

primera parte en la que se matiza la base textual del título 9,4 del Digesto, así como los comentarios a la cláusula edictal 58 de Juliano, Gayo, Paulo y Ulpiano. Una segunda parte trata de la *interrogatio in iure* y sus consecuencias, así como de los presupuestos de la *actio sine noxae deditio*, con las cuestiones sobre la legitimación pasiva y potestas, la responsabilidad de los copropietarios y la responsabilidad del demandado no propietario. La tercera parte concluye acerca de la *actio sine noxae deditio* y la acción noxal, con unas observaciones termonológicas y la reconstrucción de las cláusulas editales.

Con esta obra se hace una nueva aportación al tema de los delitos cometidos por los esclavos que hasta ahora la doctrina había tratado solamente desde un punto de vista histórico más que procesal. El libro contiene unas conclusiones generales y finalmente un índice de fuentes.

JOSÉ BONET CORREA

LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. DE A.: “Elementos de Derecho civil. V. Derecho de sucesiones (conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981)”. Barcelona, 1981. Editorial Librería Bosch. Un volumen de 654 págs.

Es muy grato dar noticia de este gran volumen V de los “Elementos de Derecho civil”, correspondiente al Derecho de sucesiones de nuestros ilustres civilistas, maestros en la materia, profesores Lacruz y Sancho. Con este volumen culminan una tarea brillante en su saber decir y en su saber hacer, al abordar ahora, una vez más, en su conjunto, el Derecho de sucesiones, esa parte del Derecho civil que posee la mayor unidad por concentrarse en torno a uno de los hechos más definitivos y postreros del ser humano: su muerte y, con ella, el suceso central de la herencia.

La obra, pensada y escrita por unos de nuestros mejores especialistas en la materia, resulta plena de logros y aciertos, con los conocimientos y prudencia del maduro jurisprudente; así, el análisis institucional, la exposición de las diversas ideologías y posiciones doctrinales, la información de Derecho comparado y, sobre todo, el aporte de la doctrina legal de nuestro Tribunal Supremo, hacen de este estudio sobre el Derecho de sucesiones español un tratado fundamental sobre la materia.

La obra se distribuye en diecinueve capítulos y noventa párrafos, a los que se añade una bibliografía general sobre el Derecho de sucesiones, además de la particularmente seleccionada en cada párrafo. De este modo la información es completísima.

El capítulo I comienza dedicándose a los conceptos generales de sucesión “*mortis causa*” y el Derecho de sucesiones, sus bases históricas. la figura del heredero, el legatario, la designación del heredero y el Derecho hereditario, así como la herencia. Después, el capítulo II trata de las etapas en la adquisición de la herencia, sus conceptos generales y la herencia yacente. El III entra en la delación, sus clases y transmisión, el llamado

“derecho de representación”, el derecho de acrecer, los presupuestos de la vocación, la capacidad para suceder, en general, y la indignidad e incapacidad.

En el capítulo IV se comprenden la aceptación y repudiación de la herencia en general, las formas de aceptación, el beneficio de inventario en su aspecto formal, la repudiación de la herencia y el examen de la capacidad para aceptar o repudiar. Los efectos de la aceptación son materia del capítulo V, donde se examina la situación del heredero en general, su responsabilidad, la liquidación de la herencia no beneficiaria, la liquidación de la herencia beneficiaria, la comunidad hereditaria y la responsabilidad de los coherederos.

En el capítulo VI se aborda la partición y la colación, el análisis de la naturaleza de la partición, sujetos y objeto, las operaciones particionales típicas, la partición contractual y judicial, la partición hecha por comisario, los efectos de la partición, los vicios y medios de impugnación, la evitación de la comunidad o llamada “partición por el testador” y la colación.

El capítulo VII entra en la enajenación y defensa del derecho del heredero, la enajenación de la herencia, la acción de petición de herencia, la prueba y constancia registral del derecho del heredero y del coheredero. Con el capítulo VIII se comprenden las disposiciones a causa de muerte, concretamente, el negocio “mortis causa” y la capacidad para disponer “mortis causa”.

Con el capítulo IX se pasa al estudio del testamento, su estructura y contenido, así como sus reglas formales. El capítulo X diferencia las particulares formas testamentarias: el testamento abierto, el testamento cerrado, el testamento ológrafo, los testamentos especiales y el testamento unipersonal en los Derechos forales.

La declaración de voluntad “mortis causa” en materia del capítulo XI, con la referencia concreta a las cuestiones sobre la designación del favorecido, los vicios materiales, la interpretación del testamento, la condición y el término, la revocación y destrucción del testamento y la invalidez de las disposiciones “mortis causa”. En el capítulo XII se tratan los singulares tipos de disposición, la institución de heredero, el legado en general, la regulación específica de algunos tipos de legados y las disposiciones sin atribución patrimonial directa.

El capítulo XIII se refiere a las sustituciones: la sustitución vulgar, la fideicomisaria, la condicional y el fideicomiso de residuo; también, la sustitución fideicomisaria en los Derechos forales, así como las sustituciones pupilar y ejemplar.

El capítulo XIV atenderá a las formas de disponer distintas del testamento unipersonal, como el testamento mancomunado, la disposición al arbitrio de tercero, el contrato sucesorio en general y la sucesión contractual en los Derechos forales. Con el capítulo XV se entra en los mecanismos de averiguación y ejecución de las disposiciones a causa de muerte, tal cómo resulta del Registro de actos de última voluntad, el albaceazgo y las herencias de confianza.

La parte fundamental que corresponde a la legítima la abarca el capí-

tulo XVI, analizando su concepto e historia, su naturaleza, la posición del legitimario, la legítima de los descendientes por naturaleza, la mejora, la fiducia, el pago en dinero, las otras legítimas de parientes, la legítima del cónyuge viudo, el cálculo e imputación de la legítima, la consistencia cualitativa, el cumplimiento y garantía de la legítima, la defensa de la intangibilidad cuantitativa de la legítima, la preterición (tutela de la legítima formal), la desheredación y la legítima en los Derechos forales.

El capítulo XVII trata de la sucesión intestada, sus cuestiones generales, el orden de suceder abintestato en el Código civil y la sucesión intestada en los Derechos forales. El capítulo XVIII aborda las reservas: la viudal y la troncal, así como el régimen común de la reserva pendiente, la estructura de la delación reservataria y las reservas en los Derechos forales. Por último, se concluye con las sucesiones especiales, la sucesión en bienes vinculados, la sucesión en los patrimoniales y bienes familiares o indivisibles, la sucesión en posiciones arrendaticias y las prestaciones "mortis causa" de la Seguridad Social.

En definitiva, estamos ante una obra de madurez científica en el tratamiento del Derecho de sucesiones, cuya aportación es valiosísima a la civilística española.

José Bonet Correa

LOPEZ FERNANDO, Ramón: "La conservación de la naturaleza: Los espacios naturales protegidos". Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1980.

Con esta obra el autor sigue contribuyendo, en una labor comenzada hace años, a desentrañar la problemática jurídica ambiental, ciñéndose fundamentalmente al ámbito de la protección de la naturaleza, proponiendo soluciones prácticas y factibles. Une así su nombre a una ya larga lista de estudiosos españoles de renombre, que desde la perspectiva del Derecho público —por desgracia no ocurre lo mismo desde el Derecho privado— vienen realizando una intensa labor por conseguir una protección eficaz de los distintos elementos que componen nuestro medio y, entre ellos, aunque suene extraño, de la naturaleza.

Para el lector familiarizado con este tipo de temas, la presente obra se lee con auténtica fruición, no sólo por los fines que persigue, todos de gran interés, y que se exponen en la introducción, sino fundamentalmente por la sistemática seguida en la exposición, por la rica problemática que se presenta al hilo de la misma y por la gran claridad de los planteamientos, aunque no se encuentre de acuerdo con alguno de ellos.

Excedería el espacio destinado a esta nota, el intentar, ni tan siquiera, una sucinta exposición de los problemas planteados por lo que quien suscribe se limitará a enumerar las características fundamentales que ha creído perfilan el estudio y a analizar, indicando los capítulos y secciones, la temática más rica en problemas y que puede suscitar mayores controversias.

I) El libro, como su título indica, va dirigido a analizar la problemática que presentan los espacios naturales protegidos (parques nacionales y naturales; reservas; parajes pintorescos) en nuestro ordenamiento jurídico y fundamentalmente en la Ley y Reglamento que los regulan, de los años 1975 y 1976, respectivamente, caracterizándose el mismo, fundamentalmente:

— Por un intento de describir el objeto del estudio, no sólo en nuestra legislación pasada y presente, sino también en los ordenamientos jurídicos y extranjeros como el francés y el italiano, por los que demuestra mayor preferencia.

— Por una crítica razonada de la legislación vigente en muchos de sus puntos, ya que habiendo tenido el legislador a su alcance la experiencia de otros países, no ha sabido aprovecharla, habiéndose afirmado ya, en las discusiones parlamentarias de las leyes especiales de reclasificación de algunos parques naturales, como el de Doñana, que la Ley y el Reglamento de Espacios Naturales Protegidos habían quedado viejos y desfasados, cuando entre unas y otras no han mediado más que tres años.

— Por un planteamiento dinámico de la protección de la naturaleza hondamente enraizado en el Texto Constitucional español de 1978, que, lejos de fomentar la creación de "santuarios de bellezas naturales", propugna, respecto a los espacios naturales, una protección integral donde junto a los fines de tutela o conservación de la naturaleza, se tengan en cuenta otros y fundamentalmente los socioeconómicos, con el fin de evitar que el pobre sea más pobre y el rico más rico, haciendo aplicable tanto el principio de igualdad como los principios socioeconómicos (protección y equipamiento de zonas depauperadas, como las de montaña) consagrados en nuestra Constitución.

— Por una defensa de las regulaciones sectoriales y las actuaciones o declaraciones aisladas, por ser más eficaces y operativas, frente a una acción global de conservación, que muchas veces queda en programa de buenas intenciones, sin perder de vista el que en esta materia el tratamiento y visión multidisciplinar es necesario. Ello le lleva de la mano a pensar con reticencia en la creación de un superministerio, a imagen de los que existen en otros países, que asumiera todas las competencias sobre la materia.

— Por un análisis serio de lo que acaso sea el mayor problema a la hora de construir una protección eficaz de la naturaleza (en especial de los espacios naturales protegidos), a saber: la tutela de la propiedad privada (entendida en sentido amplio) *versus* la implantación de tutela de la naturaleza. El mismo se desarrolla a lo largo de todo el libro y en especial en el estudio que se hace bajo el epígrafe de la teoría de la indemnización, donde se describen los diversos intentos de la doctrina científica por calificar la naturaleza que como bien merecen los espacios naturales protegidos.

— Por la utilización de una abundante y completa bibliografía na-

cional y extranjera, tanto en lo que al tema general se refiere (medio ambiente) así como también al desarrollo específico del tema (protección de la naturaleza a través de los espacios naturales). Ello completado con las referencias a las pocas sentencias del Tribunal Supremo sobre la materia, que aunque pocas, parecen abrir cierto camino de esperanza a una tutela jurisdiccional efectiva.

II) Entraremos ahora a exponer, sucintamente, los temas que a nuestro juicio tienen mayor interés, desarrollados:

a) En la sección primera del Capítulo I, donde se pretende determinar el alcance del artículo 45, en relación con el artículo 53 de la Constitución. El autor llega a la conclusión de que no nos encontramos ante un derecho subjetivo accionable ante los Tribunales ordinarios o la Administración, por los particulares, aunque ensaya la construcción contraria que en su opinión "tiene en contra los textos claros y terminantes de los debates parlamentarios". Ello no empece a que se mantenga en base al texto la protección por el Tribunal Constitucional de este principio rector de la política económica y social.

b) En la sección segunda del Capítulo I se estudia la evolución histórica de la legislación española sobre los parques nacionales, que data ya de 1916, destacándose al hilo de la exposición: la regresión en materia de eficacia conforme se va complicando el sistema burocrático; el carácter reflejo que adopta la protección de la naturaleza construida a imagen y semejanza de la protección del patrimonio histórico artístico, lo que supone a la larga un lastre para aquélla; los conflictos de competencias entre diversos organismos del aparato estatal; la falta de calidad de la Ley de Espacios Naturales Protegidos en cuanto a la falta de previsión de determinadas situaciones (lagunas legales e insatisfactoria regulación de otras (planificación de actividades en los espacios protegidos, conflictos entre los intereses particulares y los de tutela...)) que hicieron que al poco tiempo (tres años) las leyes especiales de creación de parques tuvieran que abordar tales problemas, y, por último, la aplicación de las técnicas de la Ley del Suelo (planes), que el autor considera utilizables en la materia, aunque duda de la capacidad técnica de los entes competentes.

c) En la sección primera del capítulo II el autor analiza, entre otros temas, el de las finalidades perseguidas con la institución de los espacios naturales protegidos, pudiéndose destacar en la exposición: la jerarquización que se pretende de dichas finalidades al amparo de los textos constitucionales, señalándose como primordiales las de tutela o conservación de la naturaleza, así como los socioeconómicos; el estudio junto a dichas finalidades del candente tema del goce público de estos lugares, lo que le lleva a preguntarse sobre quiénes son realmente los beneficiarios del sistema, resumido en "el triunfo de la ciudad sobre el campo"; el planteamiento de los fines socioeconómicos como única forma de evitar que los espacios se conviertan en "santuarios naturales" y se instalen en zonas económicas deprimidas, suponiendo así una compensación a las cargas y limitaciones que suponen las declaraciones de dichos espacios

para los afectados; la constatación de que la consecución de tales fines se persigue, aunque no expresamente, por la Ley de Espacios Naturales Protegidos y sí por las leyes especiales de reclasificación o creación de parques; la firme convicción de que las compensaciones a los afectados no deben consistir únicamente en indemnizaciones expropiatorias, sino en un sistema flexible que cuente con la participación de los mismos e impulse un desarrollo equilibrado de los lugares y por último que las compensaciones consistentes en el incentivo turístico y en el pago de una cantidad por visitar los lugares pueden plantear graves problemas, fundamentalmente el segundo, por cuanto supondría la creación de una tasa que exige de una ley que hoy por hoy no existe en nuestro ordenamiento.

d) En la sección segunda del capítulo III se estudia la tramitación de los expedientes que llevan a la declaración de los espacios naturales, debiendo ponerse de manifiesto: el error cometido al exigir de una ley para la declaración, salvo la de los parques naturales que lo son por Decreto, lo que supone un lastre en cuanto a rapidez, reforma, etc., máxime si se tiene en cuenta que la legislación en la materia no prevé como, sin embargo; sí hace la Ley de Patrimonio Histórico Artístico, medidas protectoras durante la sustanciación del procedimiento; la total ausencia de participación de los ciudadanos y escasa presencia tanto de la opinión de los particulares afectados, como de los organismos científicos, en la iniciación y posterior tramitación del expediente en el que ni siquiera se prevé el trámite de audiencia pública, tanto más grave si se tienen en cuenta los artículos 14, 45, 130 y 131 de la Constitución; el estudio de la fiscalización de los decretos de creación de parques naturales, que se califican de actos administrativos y no de disposiciones de carácter general, sentido por el que se inclina cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo, que se cita, llegando a admitir incluso el control de fondo en materia de valores paisajísticos que en realidad el único problema que plantea es el de la prueba y que muy bien podría extenderse a otros supuestos.

e) En la sección tercera del capítulo III se plantea un tema de indudable importancia, como es el "cese de los efectos de la declaración" que impone la obligada pregunta, ¿se puede en cualquier momento suprimir un espacio natural sin otra razón que la misma supresión? Aunque la lógica *lex posterior derogat anterior* y otros ordenamientos extranjeros marchan por esa línea, el autor se resiste a admitirla llegando, en un razonamiento basado en los textos constitucionales y en la naturaleza declarativa del acto de constitución del espacio, a afirmar que únicamente se podría suprimir éste cuando existiera "una situación de degradación tal que hiciera físicamente imposible" la conservación de los valores y "restauración del lugar". No se plantea, sin embargo, el tema de colisión de intereses (hallazgo de petróleo, oro) que podría ser el más peligroso, aunque según la idea del autor, expresada a lo largo del libro, tal conflicto debería resolverse en favor de la protección de la naturaleza.

f) Si en los apartados anteriores se ha hecho referencia a problemas importantes, el capítulo IV sobre la "regulación de las actividades en los espacios naturales", plantea de lleno el tema de la supervivencia o protección efectiva de estas zonas. Pone el autor de manifiesto: la existencia de dos posibilidades para abordar el tema, como son la reglamentación uniforme y la planificación, decantándose más por la segunda, pero sin descartar alguno de los instrumentos de los que se vale la primera, sistema que, sin embargo, no es acogido por la LENP, aunque sí por las leyes especiales posteriores (Doñana); la inexistencia de una prohibición, expresa y directa, de las actividades que alteran el carácter del territorio tutelado, aunque bien podría deducirse implícitamente del artículo 9 de la LENP; la inexistencia de protección, en la ley, fuera de los límites físicos del parque, aunque las leyes especiales (Doñana) prevén la zona de preparque, utilizada en el Derecho francés desde un punto de vista educativo y socioeconómico; en el análisis concreto de las diversas actividades (agroforestales, ganaderas, caza y pesca, extractivas, comunicaciones, circulación y estancia de personas, aguas, turístico-deportivas, comerciales e industriales y urbanismo) destaca la parca y aun regresiva regulación de alguna de ellas, en la ley, y algunos problemas graves, como: la falta de regulación e inexistencia de autorización previa para los aprovechamientos forestales; la falta de una prohibición absoluta de las actividades que atenten directamente a la fauna y la pesca; la aplicabilidad, en vía de principio y mientras no se disponga otra cosa por las leyes especiales de creación o reclasificación de parques, ya que la LENP nada dice, de la Ley Cambó de 24-6-1918 sobre desecación y saneamiento de lagunas, marismas y terrenos pantanosos, que pondría en serio peligro la existencia de algunas de las zonas protegidas; la inexistencia de una disposición de alcance general distinguiendo entre vías de acceso al parque y comunicaciones interiores del mismo, importantísimas para su conservación; la imposibilidad de establecer, si no existe ley que lo autorice, la prohibición absoluta de circulación y estancia de personas, aunque ello fuere de urgente necesidad para la salvaguarda de la zona protegida; la incongruencia que supone el que la LENP haya renunciado, en materia de urbanismo, a una planificación "por y desde la Administración encargada de proteger la naturaleza", exigiéndose otra autorización, al margen de las licencias de urbanismo, con el peligro que ello supone de "fragmentación de criterios".

g) Dentro de este mismo capítulo y en su sección segunda, bajo la rúbrica de "la teoría de la indemnización", el autor pretende determinar "si con la declaración de un espacio natural se producen lesiones patrimoniales que deban ser indemnizadas por constituir una situación expropiatoria o por engendrar la responsabilidad civil de la Administración pública".

Para ello estudia en primer lugar si cabe en nuestro ordenamiento jurídico la categoría de bienes de dominio público de propiedad privada, llegando a una conclusión negativa y argumentando que nuestro Derecho positivo se desplaza, no por la ampliación del demanio, sino por la vía de la teoría de los límites y limitaciones, de la mano del principio de

la función social de la propiedad. Pasa seguidamente a analizar (arts. 1, ap. 3; 13, d, y 14 de LENP) qué situaciones son expropiatorias y cuáles meramente delimitadoras del derecho de propiedad, comprobando si se respeta el principio de reserva de ley consagrado en el texto constitucional y, al mismo tiempo, el principio de contenido mínimo esencial, llegando en cuanto a la primera a la contestación afirmativa y matizando respecto a la segunda, al hilo de la exposición de la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano, que utilizan la idea de concepto histórico natural de la propiedad (bienes de interés público) y la naturaleza declarativa del acto administrativo de creación de espacios, como criterios que "superan las incertidumbres que la aplicación estricta de la teoría del contenido esencial de la propiedad privada habría podido provocar en los parques nacionales".

Respecto a nuestro ordenamiento, el autor sostiene que sería "probable que únicamente prosperasen las indemnizaciones referidas a los aprovechamientos rústicos de los predios afectados, dada la existencia en el Derecho español de una tendencia a considerar esos usos como el contenido mínimo...", idea con la que, sin embargo, tampoco se encuentra de acuerdo, razonándolo en base a los mismos textos constitucionales (arts. 45; 53, 1.º, y 33, 2.º) y a la gran variedad de situaciones (propiedad urbana, forestal y, ¡por qué no!, también rústica).

Consciente de que quedan muchos temas en el tintero no queda más remedio que poner fin a esta recensión, aconsejando de nuevo al estudioso de estos temas la lectura íntegra del texto, cuya rica problemática y las reacciones intelectuales que induce son, sin lugar a dudas, de gran utilidad.

CÉSAR SEMPERE

**MAJADA, Arturo: "Práctica del juicio ejecutivo y de la oposición cam-
biaria", Bosch. Barcelona, 1981, 673 págs.**

Como su título nos indica, el libro que reseñamos consiste en una obra eminentemente práctica, a pesar de ello no se limita a una serie de formularios para uso del jurista sin imaginación en la labor forense. Como es costumbre de la editorial, el tema está tratado con la idea de destinarlo a los abogados y "a cuantos intervienen incluso con funciones auxiliares en la augusta misión de administrar justicia".

Analizando la obra podemos dividir su contenido en las siguientes partes:

1.º Una recopilación de las normas procesales puesta al día y relacionadas con los artículos 1.429 a 1.543 de la LEC, como disposiciones sobre embargos y otras que también afectan al procedimiento ejecutivo.

2.º Comentarios a los textos legales que, sin descuidar los trabajos doctrinales, están trazados preferentemente sobre las orientaciones de la denominada jurisprudencia menor, intentando evitar el detalle casuístico, con especial énfasis en los problemas planteados por el vigente impreso

de efecto timbrado para extender letras de cambio, los relacionados con el descuento bancario, el protesto y, en general, los derivados de la oposición en el juicio ejecutivo.

3.º) Formularios sobre los escritos y resoluciones de más frecuente empleo en la práctica judicial, exponiéndose un desarrollo completo de las diligencias preparatorias conectadas con las correspondientes demandas ejecutivas, incluyendo los supuestos de expedición de segunda copia de escrituras públicas y el cotejo de determinados títulos valores a efectos de ejecución.

4.º) Repertorio de jurisprudencia de las Audiencias Territoriales y Provinciales, ya que las cuestiones relacionadas con el juicio ejecutivo, ajenas a las tercerías, carecen de acceso al Tribunal Supremo, el cual sólo ha podido pronunciarse sobre ellas por vía indirecta. No intenta el autor que se invoquen estas resoluciones judiciales por su relativa autoridad, sino de que se utilicen como guía en el problema planteado, pudiendo suministrar muchas veces material aprovechable para la fundamentación de escritos, recursos y alegaciones. No hay duda de que el conjunto de la jurisprudencia menor ofrece argumentos y soluciones para actuar en la oposición ejecutiva y en la impugnación de ella, con tesis y antítesis en temas como las cuestiones de competencia por inhibitoria, la legitimación activa del cesionario o del heredero en el juicio ejecutivo, la remoción del depositario de bienes embargados o la notificación del protesto.

Si en las obras dedicadas a la práctica la confección de índices es primordial, este volumen tiene un índice de comentarios muy completo y un índice numérico legal de formularios adscritos a los artículos de la LEC a que se refieren. Especial mención merece el repertorio alfabético de excepciones y motivos de oposición cambiaria, coordinadas entre sí y con los formularios mediante un sistema numérico, con inclusión de las opiniones de mercantilistas y procesalistas, así como las resoluciones de las Audiencias.

En general, esta obra puede constituir una inmediata ayuda para aliviar la tarea de redactar demandas y escritos de oposición ejecutiva, teniendo en cuenta que a su complejo carácter se añade la brevedad de los plazos legales y los agobios del trabajo profesional. En conjunto resulta una ordenación sistemática del juicio ejecutivo en general, así como del basado en letras de cambio y cheques o talones de cuentas corrientes. Siguiendo la estructura de la LEC se ofrecen simultáneamente las normas legales, los escritos y actuaciones judiciales, la jurisprudencia y los comentarios aplicables a cada tema.

La obra cuenta también con dos anexos sobre temas conectados con el principal: El primero trata del juicio declarativo posterior al ejecutivo, en base al artículo 1.479 de la LEC y la interpretación jurisprudencial restrictiva del tenor literal de dicha norma, planteando prácticamente el alcance de la cosa juzgada en el juicio sumario y las especiales características de la acción cambiaria, en el sentido de si ella misma supone una limitación de excepciones o ésta se produce por las

características del juicio sumario. El segundo contempla el tema del juicio declarativo ejercitando la acción cambiaría sin que le haya precedido el correspondiente ejecutivo, y el carácter abstracto de la misma entre personas distintas de las que intervinieron en la relación causal.

Resumiendo: Si bien la obra doctrinalmente no aporta nada nuevo, ni lo pretende, creo que puede constituir un buen instrumento para el jurista práctico y dado su carácter, saliéndonos un poco de las costumbres que informan la reseña de libros en esta publicación, debemos añadir que el formato es adecuado y la confección tipográfica esmerada, al mismo tiempo que la encuadernación parece pensada para permitir una utilización continua y no excesivamente cuidadosa del volumen.

A. F. VALDIVIA

MOLITOR, Erich, y SCHLOSSER, Hans: "Perfiles de la nueva historia del Derecho privado". Traducción de Angel Martínez Sarrión. Barcelona, 1980. Un volumen de 187 páginas.

Esta obra, que fue comenzada por el profesor Molitor, acerca de la nueva historia del Derecho privado alemán, es continuada y ampliada por el profesor Schollosser, bajo el título "Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte" (Karlsruhe, 1975), segunda edición, que es ahora objeto de traducción española.

Se trata de un manual especialmente dirigido para los estudios universitarios, donde se recogen los resultados conseguidos por la investigación durante los últimos treinta años, expuestos con brevedad y rigor, si bien se añaden las fuentes y notas bibliográficas para permitir, en cada punto, un desarrollo más amplio.

La obra está concebida en ocho capítulos. El primero comienza por el renacimiento del Derecho romano en la comunidad europea y analiza su recepción, el mundo jurídico de la Edad Media, los comienzos de la moderna cultura jurídica europea, la reelaboración científico-literaria del Derecho culto (escuelas de los glosadores, postglosadores, comentaristas, canonistas), el humanismo jurídico francés (*mos gallicus*), el Derecho culto en los territorios europeos (España, Suiza e Inglaterra), para concluir con las consecuencias de la recepción de este Derecho culto en Alemania (*usus modernus*).

La doctrina del Derecho natural y la "Aufklärung" abarca el segundo capítulo de esta obra, donde se exponen los fundamentos del Derecho natural, la doctrina racionalista del Derecho natural y su secularización definitiva.

Las grandes codificaciones territoriales son objeto del capítulo tercero, como la de Baviera, Prusia y, concretamente, la francesa ("droit écrit" y "droit coutumier", el "Code civil" y su recepción mundial), así como la austríaca.

A la "Escuela histórica del Derecho" se dedica el capítulo cuarto, especificándose sobre la contienda codificadora, la figura de Savigny, la

integración parcial del Derecho privado por medio de la germanística y la superación que alcanza la "jurisprudencia de conceptos".

La codificación del Derecho privado en Alemania está analizada en el capítulo quinto, donde aparecen los precursores de la unidad del Derecho, los éxitos parciales de la aspiración uniformadora del Derecho civil, para pasar a un análisis del BGB o Código civil alemán.

Las más recientes codificaciones de Europa continental quedan analizadas en el capítulo sexto, donde se describen sus ámbitos y estilos más representativos: el ámbito jurídico de Europa central, el latino, el escandinavo y el socialista.

Dentro del contorno continental europeo, y por contraste con el insular, no podía faltar un capítulo, el séptimo, sobre el sistema jurídico anglosajón o angloamericano, el estilo jurídico del "common law", en particular del Derecho inglés y del Derecho de los Estados Unidos de América.

Por último, se describen en un capítulo octavo, las más recientes tendencias del Derecho privado alemán, de su autoconocimiento metódico de la historia del Derecho, el positivismo jurídico y su relativismo las posiciones entre el Derecho público y privado para concluir respecto al entendimiento y la aplicación del Derecho mediante el pensamiento jurídico institucional.

La obra se concluye con un índice general, otro de autores y uno más de materias, al que se debe añadir el inicial de siglas (aunque incompleto para el lector español).

La traducción española de esta obra alemana está muy lograda, si bien ciertos giros pudieron ser menos literales ("derecho sabio" en vez de culto, o "tardía antigüedad" en vez de baja o posterior); también la cita traducida de las ciudades, como acerca del "proyecto de Dresde" y no de Dersden, tanto en el índice como a través del texto (pág. 109, líneas diez y dieciséis). Por lo demás, ciertas erratas de imprenta deberán ser mejoradas en una nueva edición (pág. 13, línea diecisiete; pág. 17, línea cuarta; pág. 18, línea veintiuna; pág. 62, línea veintisiete) o el empleo del grafismo alemán que puede ser sustituido por la doble "ss" (pág. 65, línea quince; pág. 70, línea trece); además, el lapsus de "crucificación" por "codificación" (pág. 66, línea veintisiete).

JOSÉ BONET CORREA

ZELLER, Ernst: "Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot" (Prinzipiengehalt und Konkretisierung von Art. 2 ZGB). Schulthess Polygraphischer Verlag A. G., Zürich, 1981, XXXIX + 449 páginas.

1. La obra de la que damos noticia constituye la tesis doctoral que sostuvo su autor ante la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Zurich. Y el tema sobre el que versa —como de su mismo título se infiere— es el relativo a los principios generales de la buena fe y del abuso del Derecho, tal y como han sido formulados por

el legislador suizo en el artículo 2 del Código civil de 1907. En la perspectiva del ordenamiento español, la investigación de Zeller reviste un interés muy particular, pues un precepto de estructura similar al artículo 7 de nuestro Código civil únicamente lo encontramos en el Derecho helvético; y precisamente en el mencionado artículo segundo del ZGB, cuyo primer párrafo establece la exigencia de la buena fe como límite del actuar humano (*Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln*) y cuyo párrafo núm. 2 sanciona la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos (*Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz*). Se trata, por consiguiente, de un trabajo que sin duda —y ya sólo por su objeto— habrá de ser de una enorme utilidad para los estudios de nuestro país que deseen seguir investigando en ese ambicioso precepto que ha introducido el “nuevo Título Preliminar” en el sistema positivo del Derecho privado (y aun del entero ordenamiento jurídico).

2. El libro de Zeller —a pesar de sus infinitas y tortuosas divisiones (piénsese tan sólo en el hecho de que cuenta con más de setecientos encabezamientos analíticos)— tiene una estructura relativamente simple: una *parte general*, de significado corte teórico, en la que se abordan dos cuestiones centrales: de una parte, el examen del concepto, características, clases y posición dentro del ordenamiento jurídico de los “principios (generales) del Derecho” (cfr. pp. 7 y ss. y 49 y ss.); y de otra, el análisis del complejo proceso de concreción de tales principios, entendido como una actividad espiritual (cfr. pp. 101 y ss.). Problemas éstos de teoría general del Derecho y aun de metodología del discurso jurídico. La segunda gran división de la obra —la *parte especial*— versa ya sobre la problemática que suscita el artículo 2 ZGB; y concretamente —si prescindimos del breve estudio histórico (cfr. pp. 145 y ss.)— sobre tres importantes asuntos: en primer lugar, sobre la “calidad de principio general” tanto de la exigencia de la buena fe (cfr. pp. 173 y ss.) como de la prohibición de abuso del Derecho (cfr. pp. 199 y ss.). En segundo término, sobre el “contenido principal” de la *bona fidei* (cfr. páginas 209 y ss.) y del abuso (cfr. pp. 313 y ss.). Y, por último, sobre sus apropiadas formas de concreción (cfr. pp. 267 y ss. y 368 y ss., respectivamente).

3. La obra está presidida por una pretensión casi obsesiva, aunque muy loable, de *categorizar* y definir rigurosamente los conceptos que sirven para analizar los principios de la buena fe y del abuso del Derecho: es de resaltar en este sentido el análisis inicial del concepto de “principio general del Derecho” —muy sutilmente delimitado respecto de nociones afines, tales como “postulado jurídico”, “pensamientos jurídicos generales”, “proposición jurídica”, “principios generales de grupos sociales”, etcétera—, que lleva al autor a definirlo como aquella “declaración jurídica formulada generalizadamente, que goza de amplio reconocimiento por parte de “exponentes” para ello competentes [se refiere Zeller a estos cuatro: Ley, costumbre, doctrina y judicatura] y cuyo grado de abstracción se distingue por el hecho de hallarse conceptualmente com-

binado con su *capacidad* de concreción (y, en casos de aplicación indirecta, con su *necesidad* de concreción)". Con la misma pretensión de rigor continúa esta primera parte tratando de clasificar los distintos tipos de principios generales. Muy concretamente se analizan estos tres criterios clasificatorios: (a) *la relevancia jurídica del ámbito material*, de cuyo examen se extrae una importante categoría de principios: "los principios del Derecho civil"; (b) el criterio del *fundamento del reconocimiento* da lugar, entre otros, a dos tipos de principios de enorme relevancia: los "principios axiomáticos" (*vorgegebene Prinzipien*) y los "principios contenidos en el ordenamiento vigente"; siendo de destacar entre estos últimos la "cláusula general", que, como noción técnica, se reserva para designar "[L]a norma de ley que establece expresamente un principio general del Derecho". (c) El último criterio analizado —el *grado de contenido ético* del principio— ofrece asimismo varios tipos, entre los que destacamos los "principios con propio e inequívoco contenido ético".

Este minucioso análisis teórico se prosigue con el examen de la "votación reglamentadora" (*zur Regelbildung*) del Derecho, cuya misión es poner de relieve que a esta tendencia no se sustraen los principios generales, aunque en ellos aparece con la particularidad de no ser cerrada: "la forja de los modelos genéricos o de clase que aprehenden tipos de relaciones sociales y que en las proposiciones jurídicas es efectuada por el legislador, incumbe aquí —en materia de principios— al aplicador del Derecho".

De esta forma —y siempre con gran profusión de detalles— se sigue reconstruyendo el andamiaje conceptual, de que se valdrá el autor en la segunda parte para explicar la buena fe y el abuso del Derecho: los principios de contenido ético (bajo sus dos formas de principios positivos y prohibitivos —*Gebots- und Verbotsform*—) y la "construcción de reglas"; la función de modificación y de fractura de las reglas jurídicas que desenvuelven ciertos principios; la significación de la positivización de algunos principios, etc. Al término de lo cual se aborda el estudio del complicado temario que suscita la concreción de los principios, del cual pongo de relieve el examen relativo a dos formas bien distintas de concreción: *la especificación* (en supuestos de principios que cumplen una exclusiva función de suministrar criterios de reglamentación (*Masstabfunktion*)) y la *individualización* (para los casos de "principios correctores").

Pero es la segunda parte la que ofrece mayor interés al iusprivatista. Únicamente como botón de muestra ofrecemos aquí algunas de las conclusiones más relevantes a las que arriba Zeller: Tanto la exigencia de la buena fe como la interdicción del abuso de Derecho representan verdaderos "principios generales del Derecho" en el sentido que a este término se ha asignado en la parte general; y ambos —por hallarse "escritos" en el artículo 2 ZGB— constituyen "cláusulas generales", aunque aquí —en estas afirmaciones— se acaban ya las concomitancias. En efecto, el principio de la buena fe es un principio axiomático (preexistente al ordenamiento escrito) que constituye una limitación del libre actuar

humano impuesto por la solidaridad social: es un límite de la *Rechtshandhabung* de cualquier ordenamiento; cosa que no sucede con el principio del abuso del Derecho, cuya única justificación es “positiva” y cuya formulación es altamente técnica.

Por otro lado, el principio de la buena fe es un principio con contenido ético propio: en este sentido la buena fe desempeña una función de parámetro de la reglamentación (*Masstabfunktion*); y habida cuenta que está formulado en términos positivos (*Gebotform*) es una *lex imperfecta*, pues no prevé ni permite una sanción inmediata. A tales efectos, necesita de una “norma de prohibición” que anude las debidas consecuencias jurídicas (sanciones) a los parámetros del principio ético positivo; función ésta que viene a cubrir el *Abs 2* del artículo 2 ZGB (el abuso del Derecho). Por último, me interesa señalar que en relación a su contenido, circunscribe Zeller la buena fe al modelo de la “confianza justificada” (*berechtigten Verlässlichkeit*).

Por lo que al abuso del Derecho concierne, lo primero que se destaca es su distinta función: *función correctora del ordenamiento*, en su doble aspecto: “modificación” y “fractura” de las reglas. Función correctora porque en sí mismo no contiene —en la formulación del ZGB— ningún parámetro de valoración o criterio ético. Tales parámetros o criterios le vendrán dados por los modelos de reglas singulares o de completos grupos normativos (instituciones) o de verdaderos principios éticos (como, por ejemplo, el de la buena fe). Este aspecto del discurso de Zeller —que podría condensarse en la caracterización del abuso del Derecho como “norma de ejecución”— me parece muy atractivo y recuerda algunas teorizaciones de las cláusulas generales como normas de *enforcement* de “principios imperfectos” (en este sentido, por ejemplo, la propuesta de von Bülow en el Derecho alemán en materia de competencia desleal). Y me parece muy aprovechable para un desarrollo progresivo de nuestro artículo 7 del Código civil. Pienso, por ejemplo, que a través de este enfoque se podría canalizar por él la represión de la actividad económica desleal que no cabe en los tipos legales (estrechamente concebidos) y que, sin embargo, constituye abiertamente un ejercicio abusivo del Derecho a la libre iniciativa económica en pugna con principios constitucionales o cuasi-constitucionales de nuestro sistema económico. En suma, aquí se ofrece un esquema teórico para configurar las cláusulas generales como *normas de control* del Derecho privado.

El punto de conexión entre ambos principios (y entre ambos párrafos del artículo 2 ZGB) es el tema siguiente que analiza Zeller y que a estas alturas ya debe estar muy claro: la buena fe suministra al abuso un parámetro de discernimiento y el abuso proporciona a la buena fe su efectiva posibilidad de materialización.

La obra termina con un detallado reconocimiento del proceso de concreción de ambos principios.

4: Esta quiere ser una mera “noticia del libro”. Reservamos para una “nota crítica” ulterior el estudio más detenido de la argumentación aducida por Zeller en defensa de sus aseveraciones y, sobre todo, el enjuiciamiento crítico del trabajo. Enjuiciamiento crítico que —lo decimos

ya desde ahora— tendrá por cometido el poner de relieve ciertas insuficiencias formales de la obra (textura complicada y repeticiones innecesarias); algunas ausencias notables en la selección de las fuentes doctrinales [me refiero, por supuesto, a ciertas contribuciones de la literatura alemana —y así, por ejemplo, personalmente he echado en falta una adecuada discusión y meditación de esa categoría “moderna” de *abuso institucional* o abuso objetivo que señala el ocaso definitivo de las concepciones más tradicionales asociadas a los actos de emulación o a la necesidad del concurso de un *animus nocendi*; la superación, en suma, de la caracterización del abuso por la presencia de *elementos subjetivos del injusto* (cfr. ESSER *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, Karlsruhe, 1970, págs. 34 y ss.). El juicio crítico deberá asimismo esclarecer —y ello sin perjuicio de que en general saludemos favorablemente la obra— algunos aspectos relativos al contenido, tales como el deficitario tratamiento de las cláusulas generales de la buena fe y del abuso como vías para la imposición y realización de los principios cardinales de la constitución en las relaciones de Derecho privado o el, a nuestro modo de ver, muy poco satisfactorio estudio del contenido del abuso —que ni siquiera introduce la discusión “alemana” sobre la protección institucional. Estas que cito a título de ejemplo y muchas más son facetas que se echan de menos, aunque quizá haya que disculparlas por el mismo planteamiento general de la obra, cuyo propósito fundamental parece ser, no tanto una investigación analítica de la estructura del ilícito abusivo y de la norma de la buena fe y, por supuesto, tampoco un estudio de todas las ramificaciones de su inabarcable contenido normativo, cuanto un intento de aclarar y precisar el *lenguaje jurídico* nebuloso y de reconstruir los modos de transformación de las proposiciones principales en Derecho del caso. Desde este punto de vista, la obra cobra un valor nuevo y una importancia notable que, desde luego, la hacen merecedora de nuestro positivo juicio.

CÁNDIDO PAZ-ARES

REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José Ramón ANTON RIESCO

REVERTE NAVARRO, Antonio: «Pluralidad de titulares en el usufructo».
R. D. P., diciembre 1979, págs. 115 y ss.

Con la dedicatoria al profesor Albaladejo y la enunciación del artículo 469 del C. civil, comienza la introducción de este estudio dedicado al tema del usufructo, especialmente en el caso de diversos titulares.

La pluralidad exige una concurrencia de sujetos simultáneamente titulares del usufructo, con unidad del objeto sobre el que se constituye. Dos situaciones se pueden encontrar en el usufructo: de un lado, el usufructo constituido a favor de varias personas simultáneamente y la del usufructo constituido sucesivamente. Tal precepto procede del artículo 474 del anteproyecto de 1882.

La siguiente parte del estudio se dedica al examen del cusufructo, que no es otra cosa sino la permisividad de algo que está establecido en los artículos 469 y 521, si bien con las notas de cotitularidad exigidas por la doctrina.

Las normas aplicables son las señaladas en el código civil, que lo regulan no como algo normal y general sino con normas de tipo parcial como los artículos 490, si bien el propio código en algunos casos tiene por objeto complementar dichas normas, v. gr., en los supuestos del Código con relación a la comunidad de bienes (383 y s.).

El contenido del supuesto atañe especialmente a los requisitos de inventario y fianza, sin perjuicio de que en algunos casos el propio contenido venga establecido por el negocio jurídico que la origina (caso de uso, administración, etc.).

Son examinadas igualmente algunas otras facultades anejas al caso del usufructo en esta normativa especial como en los casos de los deberes de cuidar y conservar o las normas relativas al uso y disfrute de la cosa, así como el supuesto en cierto modo anormal de la renuncia liberatoria, facultad enumerada por el artículo 395 del propio cuerpo legal y muy especialmente el destino que habrá de darse a la cuota extinguida.

La extinción del cusufructo se produce por las mismas causas que el usufructo en la medida que sean conciliables con la coexistencia de diversas titularidades, pero el problema que más ha preocupado a la doctrina ha sido el especial de poder dividir el usufructo mediante el ejercicio por un cusufructuario de la «*actio communi dividundo*». Ligado con este problema, se enumera otro, que es el de la titularidad sucesiva, que tiene como peculiaridad distinta el ejercicio exclusivo de cada usufructuario. Cabe, en

efecto, esta posibilidad, pero debe tenerse en cuenta que al primer titular corresponde una titularidad total y a los siguientes una expectativa.

El presente estudio concluye con el examen de las limitaciones en el usufructo sucesivo y el ejercicio y liquidación del derecho.

SERRANO ALONSO, Eduardo: «Notas sobre el derecho de opción». R. D. P., diciembre 1979, págs.

La dificultad de encuadrar esta figura dentro de los supuestos de los derechos reales o de los derechos de obligaciones es puesta de manifiesto en la introducción del presente trabajo.

La categoría de los llamados derechos de adquisición es puesta igualmente como una consecuencia de la regulación que el C. c. alemán hace en los parágrafos 1.094 y 1.104 del derecho de tanteo y muy especialmente de los efectos que se atribuyen a tal derecho al señalar que frente a terceros el derecho de tanteo tiene la eficacia de una anotación preventiva para la seguridad de pretensión a la transmisión de la propiedad originada por el ejercicio del derecho.

El autor examina posteriormente los derechos reales de adquisición en nuestro derecho limitándose únicamente a examinar los establecidos dentro del Código civil y siguiendo a García Amigó los supuestos de derechos de opción son especialmente los siguientes: el derecho de acceso a la propiedad del artículo 96 del viejo reglamento de arrendamientos rústicos, el establecido en el artículo 169 de la especial Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973, el previsto de la opción de colindantes señalado en la misma Ley, las permutas forzosas de los artículos 260 y 261 de la misma Ley, los derechos de reversión previstos en los artículos 54 y ss. de la Ley de Expropiación Forzosa y 253 de la repetida Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, los supuestos previstos en las normas del Código civil sobre redención de censos, foros y subforos, el derecho de adquisición preferente recogido en la Ley de Montes y, en fin, el derecho de suscripción preferente recogido en la Ley de Sociedades Anónimas, artículo 39, 2.

Por lo tocante al derecho de opción en sí mismo considerado parte de la definición de Roca Sastre, para distinguir la institución de figuras afines como la promesa de venta y el derecho de tanteo.

Estudia y analiza la naturaleza jurídica del derecho de opción pasando desde la naturaleza del mismo como derecho personal hasta el derecho real, haciendo tránsito de considerarlo como derecho intermedio o bien como derecho real o personal según la intención de las partes.

La estructura de este derecho se examina a través de la constitución, los efectos, y la extinción de este derecho, para culminar el examen de esta figura con las relaciones del mismo y el derecho registral o, mejor aún, con el Registro de la Propiedad con una especial mención al examen del artículo 14 del Reglamento Hipotecario en su reforma de 17 de marzo de 1959.

LOPEZ PEREZ, Jerónimo: «El deber de representación en la patria potestad». R. D. P. Diciembre 1979, págs. 1151 y ss.

Parte la idea fundamental y básica de este trabajo de que la patria potestad es algo irrenunciable, pero que presenta sus limitaciones de acuerdo con determinados fundamentos.

El fundamento de la patria potestad, recordamos que el trabajo es anterior a la reforma de 1981, consiste en que la capacidad del menor debe ser completada por alguien, siendo natural que sean los padres los que lleven a cabo esta misión.

Por otro lado, a juicio del autor, el deber del padre supone una auténtica figura dentro del derecho de representación, si bien es cierta la correlación entre representación y administración, aunque en principio puedan separarse conceptualmente.

La irrenunciabilidad de este deber de representación se desprende igualmente del fundamento de la misma representación y así se sanciona expresamente en el viejo artículo 155 del Código civil, principio que ha venido siendo igualmente considerado a través de la jurisprudencia del T. S.

La extensión de la representación va íntimamente ligada con la autocontratación, la protección que se debe en todo caso al menor, la renuncia de las indemnizaciones y la propia capacidad del menor.

Hay que reconocer que el deber de representación afecta en primer término no sólo a los actos judiciales sino también a los actos extrajudiciales. Ahora bien, en estos casos hay que tener en cuenta la limitación que en muchas actividades y supuestos existe debido a que la representación se da en aras e interés de la persona del menor. Tales casos son, entre otros: los supuestos de autocontratación, reconocida no sólo por el T. S. sino también por las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, los casos en que el padre debe conservar sin menoscabo el peculio de sus hijos en que tenga la administración, así como igualmente se limita esta capacidad de los padres en casos como relaciones patrimoniales intervivos, actos mortis causa y en los referentes a las capacidades para la comparecencia.

El trabajo concluye con el examen de lo que el autor llama «la relajación del deber de representación, con estudio de la figura del defensor de menores, la oposición de intereses, la naturaleza del cargo y la obligatoriedad del mismo, sentando al final las conclusiones pertinentes y personales del mismo autor.

ESPINAR VICENTE, José María: «El concepto de la residencia habitual en el sistema de Derecho Internacional Privado». R. D. P. enero 1980, págs. 3 y ss.

La residencia habitual, según el autor, es una noción fundamental que se ha ido acuñando en el marco de la conferencia de La Haya, y que se ha consagrado como una conexión sustitutiva del domicilio frente al que ofrece dos claras ventajas: la de ser un concepto nuevo y por ende ajeno a definiciones

legales precisas y la de definir una situación de hecho que no es preciso apreciar con base en categorías jurídicas.

La primera parte de este estudio lleva por título «Los caracteres generales de la residencia habitual en el Derecho Internacional Privado español» y partiendo del artículo 40 del Código civil se señalan las siguientes notas: el elemento objetivo de la presencia física, no fortuita, de una persona natural en un determinado lugar, la nota de habitualidad capaz de transformar la mera presencia en un índice de arraigo, la independencia del concepto y caracterización jurídica del domicilio civil respecto de la inscripción en censos y demás formalidades de naturaleza administrativa, la prosecución legal de un objetivo de equilibrio entre el carácter fáctico que impregna la noción de domicilio y los imperativos legales atinentes al mismo y la diferencia conceptual que existe y que llama la atención especialmente de que unas veces se hable de residencia y otras de domicilio. Estos cinco rasgos permiten entender que el domicilio civil se caracteriza por el elemento fáctico del «domun colere» complementado por un «animus manendi» proyectado hacia el futuro.

La segunda parte se dedica al examen de «El empleo de la noción residencia en la normativa material española» y el objetivo de la misma consiste en analizar el contenido conceptual de la expresión e identificar los índices objetivos en cuya base se configuran estas residencias y, en términos generales, atender al cuadro normativo que regula su constitución y desarrollo.

Cuatro puntos básicos son tratados especialmente: la residencia de los españoles en territorio extranjero, la residencia en el Derecho de la nacionalidad, la residencia en el Derecho de la extranjería y la residencia y la regulación jurídica de las actividades profesionales de tráfico interno.

La tercera parte de esta monografía especialísima se dedica a la residencia habitual como punto de conexión en el sistema español de Derecho internacional privado, preguntándose especialmente si la función de la norma de colisión es meramente indicativa del derecho donde ha de buscarse la regulación del supuesto o si se incorpora además una función sustantiva de reglamentación.

Finalmente, el trabajo termina con las nueve conclusiones en las que el autor sienta las bases principales que consolidan su opinión sobre el tema.

VATTIER FUENZALIDA, Carlos: «Contribución al estudio de las obligaciones accesorias. R. D. P. Enero 1980, pág. 28 ss.

Como previo al estudio de la materia, el autor plantea el tema de la clasificación de las obligaciones partiendo del artículo 1.025 del Proyecto de Código de 8 de marzo de 1851, y señalando que la falta de una clasificación dentro del Código civil se debe a que los legisladores entendieron que era mejor no hacerlo, por lo que únicamente ha sido la doctrina la que ha tratado de dar una clasificación de las obligaciones.

Debido a ello precisamente, nuestra doctrina estudio y engloba dentro del mismo tema la materia de la clasificación de las obligaciones, así como la estructura y la existencia de regímenes jurídicos para cada una de éstas.

Recorre las posturas de Sánchez Román, Casso, Castán, García Cantero y afirma que algo análogo ocurre con las obligaciones accesorias que por contraste con la fenomenología amplia y variada que ella presenta en el texto de Pothier es objeto de una consideración residual y tendencialmente negativa hoy en día.

La doctrina considera que las obligaciones accesorias configuran una categoría autónoma y contrapuesta a la de las obligaciones principales y que abarca en nuestro derecho supuestos tales como la fianza, la obligación de gravar e hipotecar algo en relación con la obligación así garantizada, o la obligación de conservar una cosa. En general se trata de elementos activos o pasivos de la relación jurídica obligatoria, que no son parte integrante del crédito sino un derecho aparte, para lo cual analiza la definición de tipo tradicional.

Posteriormente distingue la obligación accesoria de una serie de figuras afines como la cláusula penal, la deuda de intereses, la pluralidad de objetos de la prestación y los deberes de conducta anexos.

De ahí se deducen las notas principales de la obligación, especialmente la existencia de una relación jerárquica y vertical con subordinación y dependencia entre la obligación principal y las accesorias a ellas adheridas.

La estructura de la obligación accesoria y el principio básico en la materia de «*accessorium sequitur principalem*» son objeto de examen a continuación, así como igualmente la incidencia de las obligaciones accesorias en la tipicidad del negocio jurídico, para dar paso a la constitución y efectos típicos de estas obligaciones.

La extinción de las mismas plantea mayores problemas debido a la diseminación en su aspecto activo y pasivo, examinándose por separado cada uno de los supuestos de obligación accesoria dentro del Código civil y concluyendo este estudio con la función activa de la obligación accesoria que se manifiesta en la cualificación jurídica de las hipótesis complejas en que concurre junto al elemento principal: función que se observa especialmente en tema de imputación de pagos y de novación objetiva por forma circunstancial.

LASARTE, Carlos: «Sobre la integración del contrato». R. D. P., Enero 1980, págs. 50 y ss.

El trabajo está dedicado a Manuel Albaladejo y es en síntesis un comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1977.

Después de exponer las motivaciones del presente estudio y de señalar las líneas más expresivas de la propia sentencia, el autor centra el examen en la determinación del contenido del contrato como cuestión central del litigio. En efecto, se trata de determinar si se trata o no de un contrato de adhesión con todas las consecuencias que ello implica. Asimismo se investiga sobre la posibilidad de que el contrato no esté perfecto en todas sus cláusulas y es insuficiente las más de las veces para determinar con precisión la obligación relativa a lo que debe realizar una sociedad constructora y de paso hace referencia al «*dolus bonus*» y «*malus*», con toda la importancia que ello implica en la formación del contrato.

Uno de los puntos fundamentales del trabajo se centra en la visión personal del propio autor acerca de la legitimación del copropietario bajo régimen de propiedad horizontal en relación con los elementos comunes. En este caso concreto la sentencia del T. S. lo soluciona con claridad y sencillez, manifestando el autor que debe ser esa la línea tradicional, es decir, de que tales casos reúnen los requisitos esenciales para que ello pueda ser solucionado salvo en el supuesto de que uno o varios propietarios dejaren de hacerlo tratando de arrogarse unos derechos que fueran en detrimento de los demás copropietarios.

Otra cuestión íntimamente ligada con la anterior es la relativa a las obligaciones de la sociedad constructora, especialmente en la materia de las condiciones que debe tener el piso comprado, la individualidad del mismo o la parte proporcional de los elementos comunes.

La interpretación e integración del contrato deviene al final como algo propio y a la vez especial en la materia de los contratos. Para ello se nos habla de temas como el planteamiento correcto del tema, la especial mención de la adscripción del artículo 1.258 del Código civil a la línea interpretativa y la significación propia que este precepto tiene dentro del sistema del Código civil español.

Tema especialmente importante es el de la función normativa de los medios de interpretación del contrato con los criterios modalizadores del artículo 1.258, que no requiere en la mayoría de los casos una laguna contractual, sino que, al contrario, presuponiendo la previa existencia de un acuerdo contractual, indica que el contenido del mismo se compone necesariamente tanto de lo expresamente pactado cuanto de las consecuencias heterónomas de la integración del contrato.

Termina el estudio con la virtualidad de la buena fe como criterio de integración del contrato, para lo cual se distingue en términos generales con supuestos como el del artículo 7-1 del Código civil y las normas del mismo que tratan en sentido especial de estos supuestos

ARECHEDERRA ARANZADI, Luis: «Los derechos de tanteo y retracto convencionales configurados con carácter personal». R. D. P. Febrero 1980, página 123 y ss.

El tema, a juicio de su autor, tiene por objeto resolver la doble posibilidad admitida tanto por la doctrina como por el derecho positivo, en especial la Compilación de Navarra, Ley 460, de que ambas figuras se puedan establecer por contrato o convención con carácter personal y que puedan efectivamente subsistir con tal carácter.

Para ello, el tema es objeto de examen a través de seis grandes apartados que, después de una breve introducción, se dedican por orden sucesivo a la preferencia entre estos derechos, la configuración del retracto convencional como derecho personal, el tanteo personal configurado como derecho personal, el carácter obligacional de los derechos y contratos traslativos del dominio y el estudio de las dos figuras a la luz de la enajenación onerosa.

El problema se plantea, sobre todo, siguiendo el autor a Lacruz en este punto, acerca de si ambos derechos configurados exclusivamente con carácter personal pueden hacerse efectivos sobre un tercero interesado o tercero ya adquirente. Para ello se ocupa posteriormente de cada una de ambas figuras por separado.

Primeramente, dentro del retracto convencional, se estudia esta figura como un supuesto atípico, su carácter causal, su importancia con relación al tráfico de bienes, la inscripción del retracto en el Registro de la Propiedad, la eficacia extrarregistral y la posición del adquirente frente al retracto personal.

Por lo que atañe al retracto convencional se enumeran dentro de este epígrafe, su naturaleza jurídica, el tanteo convencional como derecho personal, la articulación obligacional de la preferencia que supone el tanteo y la inscripción del mismo en el Registro de la Propiedad.

En el apartado V se examinan, entre otros problemas como el tanteo personal y la perfección de la venta, la doble venta y el tanteo, para dar paso al retracto y tanteo convencionales ante el supuesto de la enajenación onerosa. En esta materia se estudian la admisibilidad de las preferencias adquisitivas en la transmisión gratuita, y la función de la cláusula negocial estableciendo una preferencia adquisitiva en caso de transmisión gratuita.

IVAN C., IBAN: «El matrimonio en la Constitución». R. D. P., febrero 1980, páginas 137 y ss.

El muy dilatado proceso de elaboración de la vigente Constitución ha llevado a numerosos especialistas de las diversas ramas de la Ciencia del Derecho a analizar meros proyectos legislativos sin esperar a la promulgación del texto definitivo. Por otro lado, la revolución que está sufriendo nuestro sistema jurídico implica que gran parte de los estudios de Derecho vigente se transforman en estudios de Historia del Derecho.

El precepto fundamental del matrimonio en la Constitución es el artículo 32. Seis versiones distintas han existido de tal precepto a lo largo del proceso de elaboración del texto constitucional.

Cómo, cuándo y por qué son las preguntas a que responde el autor en la segunda parte de este estudio sobre el matrimonio y los preceptos constitucionales. Desde las enmiendas sostenidas por congresistas y senadores hasta la de los técnicos más especializados son objeto de examen en el presente trabajo. Son materia y documentos empleados la propia Constitución, las sucesivas redacciones de los preceptos más importantes de la materia matrimonial, con una especial crítica para un olvido importante como es el de la reserva de las causas de nulidad canónica a los Tribunales Eclesiásticos que no habría sido posible de incluirse la nulidad.

Un punto clave para juzgar de protección con que el ordenamiento jurídico provee a la libertad religiosa es el análisis del sistema matrimonial establecido por el mismo. Entiende el autor que el único sistema que garantiza la libertad religiosa es aquel en que se reconozcan como válidos todos los sistemas o clases de matrimonios con una remisión plena a los distintos ordenamientos,

tanto en lo que se refiere a la forma del vínculo como en la regulación de la relación matrimonial con el único límite de orden público.

No desconoce el propio autor las dificultades que de toda índole plantea tal postura, pero señala que la propia técnica jurídica tiene medios para solucionar todas estas cuestiones y dificultades. *ales dT* dificultades son entre otras y especialmente: la razón de la imposibilidad de una remisión plena que estriba en el hecho de que en la práctica se carece de una auténtica legislación matrimonial, porque a veces el reconocimiento del derecho matrimonial sustantivo provoca y propicia una lesión de orden público.

Por último, señala el autor que la referencia en la Constitución, en su artículos 149-1-8.º, a la exclusividad de la competencia legislativa por parte del Estado para regular las formas de matrimonio no es otra cosa que una loable y esforzada postura por impedir que se llegue a situaciones complejas y difíciles, como consecuencia de los distintos Estados, como ocurre en Estados Unidos con la legislación de formas de matrimonio.

HANS STOLL Y NORBERT SCHRODER-LINGS: «Evolución del derecho privado alemán durante el año 1976. R. D. P., febrero 1980, págs. 146 y ss.

El estudio que casi todos los años está traducido por Jaime Santos Briz es un resumen de la actividad jurídica en la República Federal Alemana y nos sirve para una casi completa información de dicha legislación a través del presente trabajo.

Cuatro grandes apartados son objeto de examen en el mismo: legislación, congresos, literatura jurídica y jurisprudencia.

El primer punto relativo a legislación hace especial mención e hincapié en materias como la ley protectora de la educación a distancia, la responsabilidad por riesgo por uso de medicamento, la reforma total del derecho de adopción, la reforma del derecho de hallazgo y la reforma de normas de derecho mercantil. Dentro de esta serie de normas, encontramos una serie de criterios y principios entre los que descuellan y son notas peculiarísimas los siguientes: se protege a los alumnos frente a anuncios y orientaciones faltos de seriedad, se limita el criterio estrictamente contractual en esta materia, se someten todas las actividades a una revisión por parte de los organismos estatales; en los medicamentos se establece el criterio de indemnización a los que hayan usado alguna medicina que contenga talidomida, se establece la responsabilidad por riesgo de la empresa que haya introducido y creado la especie que origina el daño, se examina la responsabilidad por culpa del perjudicado, se limita el caso o supuesto de indemnización por causa de muerte a supuestos que son objeto de examen especial, se crea la previsión de cobertura para las empresas farmacéuticas. La adopción es igualmente examen de una nueva revisión entre la que destaca el establecimiento de principios como que el hijo adoptado sea acogido con todos los efectos del hijo legítimo de manera que se extinguen todas las relaciones anteriores del mismo por parentesco, se incorpora con la plenitud de derechos en los casos de parentesco, alimentos y derecho hereditario, y existe una nueva y especial regulación

para los casos de adopción en que haya vínculo de consanguinidad o afinidad con una regulación especial que atenúa los efectos de la adopción plena.

Los congresos son referidos especialmente al Congreso del Jurista alemán, la literatura jurídica tiene por objeto los libros homenaje a Wolfgang Hefermer, Reiner Schdmidt y Martin Luther.

Se citan igualmente algunos otros trabajos sobre derecho de cosas, familia, derecho de obligaciones, parte especial, derecho mercantil y de sociedades, y derecho transaccional y concursal antes de entrar en el examen de la jurisprudencia con que concluye el trabajo.

NAVARRO VALLS, Rafael: «Los efectos civiles del matrimonio canónico en el acuerdo sobre asuntos jurídicos entre la Santa Sede y el Estado Español de 1979. R. D. P., marzo 1980, págs. 217 y ss.

Comienza el autor manifestando la diferente extensión cuantitativa y cualitativa del Proyecto de Concordato Italiano que en su artículo 8 contiene una desmesurada extensión con un total de 503 palabras, a diferencia del artículo 34 del Concordato de 1929, que únicamente tenía 249.

Si de este Proyecto pasamos al del Acuerdo entre el Estado Español y el Vaticano, no es necesario saber cibernética para determinar que la materia relativa a matrimonio es la más importante del mismo sin dejar de lado la que se refiere a la personalidad jurídica de la Santa Sede.

El matrimonio canónico con efectos civiles en el Derecho comparado es el capítulo II de este estudio, sigue el análisis o esquema del Acuerdo de 1979.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

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

Compra de finca con destino a determinada actividad. Modo condicionante u obligación de hacer. Eficacia: el pacto, contenido en una escritura de venta, por virtud del cual el comprador adquiere un terreno con destino a la instalación de una fábrica de deshidratación de productos hortícolas, tiene efectos puramente obligacionales.

Prohibición de disponer en acto a título oneroso sin determinación de plazo. Ineficacia real: la obligación, establecida en una escritura de venta, de no enajenar a terceras personas el terreno comprado mientras el comprador no realice las obras de construcción de determinados edificios, implica una prohibición de disponer contenida en un acto a título oneroso y sin trascendencia real, que debe ser cancelada conforme al artículo 98 de la Ley Hipotecaria. (Resolución de 18 de enero de 1979; «Boletín Oficial del Estado» de 20 de febrero.)

Hechos.—Por escritura autorizada por el Notario de Tudela, don Fernando de la Cámara Rocha, el 19 de noviembre de 1957, el Ayuntamiento de dicha ciudad vendió a don Luis Carulla Canals un terreno propiedad de la Corporación, previa segregación y agrupación, haciéndose constar que el Ayuntamiento estaba autorizado por acuerdo del Pleno de la Junta de Veintena y de la Diputación de Navarra para enajenar directamente la finca al señor Carulla «con destino a la instalación de una fábrica de deshidratación de productos hortícolas»; que el comprador adquiriría el pleno dominio con obligación de no enajenar a terceras personas el terreno comprado mientras no realizase las obras de construcción de los edificios que se señalan, así como determinado montaje industrial, y que una vez construidas estas instalaciones, el comprador tendría plena libertad para disponer de los terrenos adquiridos. Esta escritura fue inscrita en el Registro de la Propiedad. Y por escritura autorizada por el mismo Notario, el 7 de diciembre de 1963, el señor Carulla hizo declaración de obra nueva sobre la referida finca relacionando y describiendo los edificios construidos, subsanándose por escritura posterior los errores padecidos en tal descripción. Por escritura autorizada por el Notario de Cervera, don Luis Roca Sastre Munnunill, el 20 de marzo de 1964, el señor Carulla aportó la referida finca a la Compañía «Gallina Blanca, S. A.», en aumento del capital social, que igualmente se inscribió en el Registro de la Propiedad. Por acta autorizada por el Notario de Tudela don Domingo González de Echávarri, el 1 de septiembre

de 1976, a instancia de la representación de «Gallina Blanca, S. A.», a la que se incorporan, a petición del requirente, certificaciones de diversos Organismos oficiales con el fin de acreditar el cumplimiento de las condiciones estipuladas en la escritura de compraventa, se requirió al Notario para que comprobara e hiciera constar la existencia en la finca de los edificios ya relacionados y descritos en la escritura citada de declaración de obra nueva, de lo que el Notario dio fe.

Presentada en el Registro copia del acta anterior para acreditar el cumplimiento de la condición impuesta y que se extendiera la nota marginal prevista en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, fue calificada con la siguiente nota: «Examinando este documento, se devuelve al interesado, denegándose la práctica de las operaciones registrales solicitadas, por apreciar el defecto insubsanable de que con los hechos alegados y los documentos aportados con la presente acta notarial, no quedan cumplidas las condiciones estipuladas en la escritura de compraventa otorgada el 19 de noviembre de 1957, ante el Notario de esta ciudad, don Fernando de la Cámara, que causó la inscripción primera de la finca 9.969, al folio 236 del tomo 1.130, libro 189 de Tudela».

Se fundamenta esta nota denegatoria en las siguientes consideraciones:

Primera.—En la escritura de compraventa e inscripción citadas, se hace constar que «la venta realizada y los pactos y compromisos consignados se hacen con la condición de que en los terrenos en cuestión ha de instalarse una fábrica de deshidratación de productos agrícolas».

Segunda.—Tanto esta cláusula como la obligación de no enajenar a terceras personas el terreno comprado mientras no se verifiquen determinadas obras, según consta también en la referida inscripción, ponen de manifiesto, a juicio del Registrador que redacta esta nota, lo siguiente:

- a) Que no se trata de condiciones suspensivas o resolutorias en sentido técnico, como acontecimientos futuros e inciertos de consignación registral por nota marginal, conforme dispone el artículo 23 de la Ley Hipotecaria.
- b) Que, por el contrario, los hechos y actividades relacionados a cargo del comprador, afectan a las prestaciones objeto de las obligaciones asumidas en el contrato de compraventa que motivó el asiento registral vigente.
- c) Que, en consecuencia, y tratándose de un supuesto que afecta al cumplimiento de obligaciones convenidas en un contrato, no procede la consignación registral de estos hechos y sus consecuencias jurídicas, mientras no preste su consentimiento el vendedor como parte interesada o decidan así los Tribunales de Justicia.

El criterio que antecede se fundamenta además en la doctrina mantenida por la Resolución de 1 de octubre de 1926 y Sentencias de 5 de julio de 1946, 6 de febrero de 1954 y 6 de julio de 1961.

Don Francisco Hernández Payán de Tejada, como director general de la Compañía Mercantil «Gallina Blanca, S. A.», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó que no puede aceptarse la tesis del Registrador de que las llamadas «condiciones» en la escritura de compraventa de la finca no son «condiciones suspensivas o resolutorias en sentido técnico»; ya que si son «condiciones», es indudable que procede la

nota marginal a que se refiere el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, y si no lo son, no se concibe que accediese al Registro la indebidamente llamada «condición» (artículos 24 y 9 de la Ley Hipotecaria); que desde el momento que, conforme a la escritura de compraventa, el comprador no podía enajenar la finca a tercera persona en tanto no llevara a cabo las edificaciones pactadas, cabía entender que el dominio pleno del señor Carulla quedaba condicionado suspensivamente (artículo 1.114 del Código civil); que por tanto justificada la construcción de la fábrica de deshidratación en los términos convenidos, procedía la extensión de la anotación marginal dispuesta en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, y que exigir que el Ayuntamiento de Tudela preste su conformidad a la extensión de la preceptiva nota marginal, es tanto como supeditar a la aquiescencia de un tercero la proclamación de un hecho comprobado notarialmente.

El Registrador informó que las obligaciones asumidas por el comprador, referentes a la construcción de determinados edificios y a destinar los terrenos a la instalación de una fábrica de deshidratación de productos hortícolas, no constituye «condición suspensiva de la cual se hacía depender la plena adquisición del dominio de la finca por el comprador», según afirma el recurrente, sino una asunción de prestaciones por parte del adquirente que afectan al contenido o extensión de la relación jurídica inscrita, y cuyo cumplimiento o incumplimiento es una cuestión «inter partes» que no puede ni debe apreciar el Registro; que todo ello se basa en que la condición, en su sentido técnico y objetivo, es un suceso futuro e incierto del que depende el nacimiento o la resolución de una relación jurídica determinante de derechos y obligaciones y en su aspecto subjetivo consiste en la querida subordinación de la eficacia del negocio a la realización de tal acontecimiento (Sentencia de 21 de junio de 1932 y artículos 1.113 y 1.114 del Código civil); que en el mismo sentido se manifiesta la Sentencia de 5 de julio de 1946; que en el supuesto que contemplamos no existe el suceso futuro e incierto, ni la subordinación de la eficacia de la obligación a la realización de aquél, por lo que la calificación es correcta desde el punto de vista hipotecario, sin que esta actuación prejuzgue que las prestaciones del adquirente hayan sido o no cumplidas; que estas prestaciones a las que queda obligado el comprador constituyen más bien el contenido de un negocio jurídico condicionante más que condicionado, como claramente expresa la Resolución de 1 de octubre de 1926, y que puede afectar a las relaciones entre comprador y vendedor sobre el cumplimiento o no del contenido de la obligación recíproca y su posible resolución al amparo del artículo 1.124 del Código civil; que lo que el interesado solicita del Registro es un juicio de valor del cumplimiento de prestaciones y su consignación registral a través de la nota marginal prevista en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, lo que es evidente no procede practicar, pues ello supondría asumir funciones judiciales que no le corresponden, constituyéndose en árbitro de cuestiones que afectan a las partes interesadas.

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

Y la Dirección General acuerda confirmar el auto apelado y la nota del

Registrador sólo en cuanto a la negativa de extender la nota marginal, a que se refiere el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, y se indica en la consideración segunda a), y revocarlos en cuanto a lo indicado en las consideraciones segunda b) y c). Todo ello basándose en los siguientes considerandos.

Doctrina.—«Qué a efectos de una mejor comprensión de este recurso conviene destacar los hechos fundamentales que han de servir de base para su resolución: a) con fecha de 19 de noviembre de 1957 se otorga por el Ayuntamiento de Tudela escritura de venta a favor del comprador de un inmueble formado por agrupación de varios, inmueble que con posterioridad es aportado a la Sociedad recurrente tras haberse hecho constar previamente la declaración de obra nueva correspondiente; b) en dicha compraventa se pactaba que el adquirente realizaría una serie de obras en la finca transmitida y hasta tanto no estuvieran terminadas se obligaba a no enajenar el mencionado inmueble; c) la Sociedad propietaria del terreno, como causahabiente del comprador, levanta acta notarial de fecha 1 de septiembre de 1976, a la que incorpora cuatro certificaciones con los permisos y autorizaciones pertinentes para el funcionamiento de la fábrica, y requiere a la vez para que el Notario asevere la existencia de las edificaciones construídas en el inmueble que ya habían sido objeto de declaración de obra nueva, todo ello «para acreditar donde lo precise» estos hechos; d) que presentada la mencionada acta en el Registro de la Propiedad causa la nota de calificación recurrida».

«Que del expediente no resulta con claridad la operación registral solicitada por el recurrente, ya que el documento calificado—acta notarial—sólo contiene la petición genérica «a los efectos oportunos» recogida en el considerando anterior, si bien de la nota del Registrador y del escrito de interposición del recurso parece que se pidió la extensión de la nota marginal establecida en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria y que hace referencia al cumplimiento de las condiciones suspensivas o resolutorias, tal como se deduce de la consideración segunda, a), de la mencionada obra.»

«Que en este caso no cabe duda que ha sido correcta la actuación del funcionario calificador en congruencia con lo solicitado, pues el examen de los asientos registrales y la propia escritura de compraventa que sirvió de base a la extensión de aquellos asientos revelan con claridad que la obligación asumida por el adquirente de realizar una serie de obras no determinaron que la transmisión del inmueble quedará sujeta a condición alguna en tanto no fueran ejecutadas las prestaciones a que se comprometió la parte compradora, ya que no se hizo depender el nacimiento o resolución de la relación jurídica de un acondicionamiento futuro e incierto, tal como exigen los artículos 1.113 y 1.114 del Código civil, sino que se trata de un pacto asumido por los contratantes en el que la instalación de la fábrica de productos deshidratados no supone más que la ejecución o cumplimiento de lo pactado con anterioridad.»

«Que en el mencionado pacto se advierte: a) que no se ha establecido plazo alguno para el cumplimiento de la denominada por las partes condición, por lo que podría indefinidamente mantenerse una prohibición perpetua de enajenar con perjuicio del tráfico jurídico; b) que el cumplimiento

no ha sido asegurado con ningún tipo de garantía real ni con una condición resolutoria que afectase a todos los terceros, y c) que, por último, tampoco ha habido pacto reversional o designación de beneficiario para el supuesto de voluntario o involuntario incumplimiento.»

«Que por todo ello, y aun cuando el pacto fue transrito íntegramente en su día al practicarse la inscripción—con lo que se entra a examinar los fundamentos b) y c) de la nota—, al tratarse de un simple pacto obligacional que produce sus efectos sólo entre los contratantes y que contiene, por otra parte, una prohibición de disponer constituida en un acto a título oneroso, el artículo 27 de la Ley niega su acceso por tratarse de un derecho sin trascendencia real, y además la propia legislación hipotecaria tiende a eliminarlo en el caso de que haya ingresado indebidamente, y por eso el artículo 98 del mismo Cuerpo legal ordena que sean cancelados por el Registrador a instancia de parte interesada cuando—como aquí sucede—no estén asegurados especialmente.»

CONSIDERACIONES CRITICAS

La presente Resolución brinda al intérprete pocas posibilidades de comentarla críticamente, pues los hechos de que se parte son tan lógicos y tan claros que poco puede añadirse a lo magistralmente expuesto en los considerandos de la misma. Había una compraventa de un terreno al que en la escritura se le asignaba un destino (instalación de una fábrica de deshidratación de productos hortícolas), había una construcción de la fábrica, con obra nueva inscrita en el Registro y un acta notarial en la que el recurrente quiere que conste que en la finca existen los edificios construidos. Se hace muy difícil deducir de los hechos quién fue el que asesoró a la representación de «Gallina Blanca, S. A.», para que levantara dicha acta y para que la misma fuera luego presentada en el Registro a fin de hacer constar—cosa que no está muy clara— la nota marginal de cumplimiento de condición. Quizá todo venga motivado por la influencia administrativa de la «finalidad» y la amenaza del fenómeno de la «reversión» que tanto papel juega en las expropiaciones y en los actos gratuitos realizados por organismos estatales, provinciales o municipales.

Sólo pensando en esa influencia cabe entender todo ese impresionante barullo que termina en la sustanciación de un recurso gubernativo. No se trata de buscar culpable, pues a la hora de eso también habría que pensar en el «tanto de culpa que cabría atribuir al Registrador que—previa calificación— dejó pasar a la inscripción una simple obligación y registrar una prohibición de disponer. Por todo ello entiendo que lo ideal para adelantarse en la materia del recurso es ver la construcción jurídica de la finalidad apuntada y determinar los efectos registrales que ella produce. Con ello nos ajustamos a los dos puntos que soluciona la Resolución.

a) *Configuración de la finalidad de destino*

Resulta difícil de superar la elegancia y precisión de lenguaje que el Código civil utiliza para definir la obligación condicional y sus efectos, «Será exigible desde luego toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren» (artículo 1.113 C. c.), «En las obligaciones condicionales la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerán del acontecimiento que constituya la condición» (artículo 1.114 del C. c.). Partiendo de esas definiciones hay que buscar —en una labor hermenéutica—, lo que las partes quisieron decir y dijeron en la estipulación discutida. Es evidente que había señalada una finalidad en cuanto los edificios que habrían de construirse deberían destinarse al fin fijado. Señalado el fin, sin embargo las partes no hacen depender del mismo la posible efectividad del contrato y lo único que estipulan e impone la parte vendedora es que hasta que eso no suceda el comprador no puede enajenar la finca, asumiendo el mismo esta obligación.

Había, por tanto, un «suceso futuro o incierto», pero las partes hacen depender del mismo la eficacia del contrato que realizan, pues se limitan a darle sólo un efecto condicionante en orden a la facultad dispositiva. Hasta que eso no suceda el comprador no puede enajenar la finca a terceros. Creo que esa debe ser la línea interpretativa correcta. Aunque el Registrador en su defensa de la nota diga que no hay «suceso futuro o incierto» es innegable que existe y está constituido por la construcción del edificio o edificios y el destino que ha de darse a los mismos, lo que pasa es que ese suceso futuro o incierto no juega en el nacimiento o la resolución de la relación jurídica, ni al mismo se subordina la eficacia del negocio. La Dirección General lo apunta con singular fortuna en su tercer considerando al decir que «la obligación asumida por el adquirente de realizar una serie de obras no determinaron que la transmisión del inmueble quedara sujeta a condición alguna en tanto no fueran ejecutadas las prestaciones a que se comprometió la parte compradora.»

Había condición, porque así lo quisieron las partes y así lo dijeron, en orden a la facultad dispositiva del comprador. Esa facultad dispositiva del mismo sí quedaba condicionada por el evento de la realización de las obras y el destino de las mismas. Ahí influía la condición. El cumplimiento por parte del comprador de la finalidad señalada haría posible la recuperación de su facultad dispositiva sobre la finca, pero para nada influiría sobre la adquisición de ella. El posible incumplimiento de la finalidad entraría, por ello, en el entramado de obligaciones y derechos de las partes y quedaría encajado en ese posible juego resolutorio del artículo 1.124 del C. c. aplicable a toda obligación recíproca.

El comportamiento del recurrente y sus alegaciones en el recurso demuestran que desconocía los efectos que la constancia registral de esa «obligación» podía producir, así como lo que debe entenderse por condición. A él le debía de preocupar la idea de la finalidad impuesta y debió creer que aquí sucedía

lo mismo que en la reversión: incumplido el fin, opera la reversión. Olvidaba que mientras la reversión viene impuesta por la ley taxativamente en ciertos casos, aquí para que la misma operase en su traducción de condición resolutoria era preciso que así se pactase.

Podría discutirse si la condición es preciso que se pacte expresamente para estimar que existe, pero creo que pocos serán los casos en que se entienda admitida, inducida o presentida una condición de tanta trascendencia que aplaza o resuelve la adquisición si las partes expresamente no la establecen. Amorós Guardiola (Comentario a esta Resolución en Rv. Cr. Dr. Inm. Julio-agosto 1981, número 545, págs. 1037 y ss.) plantea el tema desde el ángulo hipotecario preguntándose si fuera de los casos en que al aplazamiento del pago del precio se le dé expresamente el carácter resolutorio, la ley impone este requisito para los demás. Evidentemente que no hay precepto que así lo diga, aunque no debe olvidarse que el artículo 51, 6.ª del Reglamento Hipotecario habla de copiar «literalmente las condiciones suspensivas, rescisorias, resolutorias y revocatorias establecidas en aquel» y creo que será difícil copiar «literalmente» una condición que se deduce por interpretación, teniendo en cuenta la voluntad de las partes y el propósito práctico perseguido por las mismas. Si esto es así pudiera pensarse que el Registrador al hacer constar esa obligación le dio el carácter resolutorio que nosotros le estamos negando, pues conviene no olvidar que el final del artículo citado en el párrafo dicho establece: «No se expresarán en ningún caso las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real». Y una de dos: o incumplió el precepto o al cumplirlo estimó que eso tenía trascendencia real. Ahí reside la grandeza y servidumbre de la función calificadora. Aceptemos que no es preciso que sea expresa, pero sí claramente manifestada haciendo «depender» la adquisición o pérdida de un derecho de un «suceso futuro o incierto o de un suceso pasado que los interesados ignoren».

También plantea dicho autor la construcción del supuesto como una estipulación modal en la que la finalidad condicionante funcione conectada íntimamente con la causa del negocio. La causa onerosa de la compraventa en tal supuesto (causa genérica), no se puede desvincular del motivo concreto incorporado a la causa que condiciona el propio acto adquisitivo (causa concreta). El esfuerzo doctrinal y las aportaciones que el autor hace son dignas de elogio, pero sobre el tema pesa la tremenda opinión doctrinal de Gullón Ballesteros, Díez Picazo y resto de la doctrina, que sitúan tradicionalmente el modo dentro del campo de los negocios gratuitos. Luego queda el problema de su inscripción ante ese enigmático artículo 2 de la Ley Hipotecaria donde, en su número tercero, se habla de la inscripción de «actos y contratos», en cuya virtud se «adjudiquen» a alguno bienes inmuebles, dando a entender con esa palabra de «adjudicación» que están aflorando los negocios gratuitos. Quizá esto requiera un nuevo estudio a fondo, partiendo de los trabajos de Mezquita del Cacho y Torralva Soriano y las opiniones del autor citado. De todas formas, en el presente caso la voluntad de las partes era —y así parece deducirse de los términos del contrato— condicionar con el fin señalado la facultad de disponer del comprador.

Este condicionamiento de la facultad dispositiva hasta tanto se realicen

las obras generó, como no podía menos, una prohibición de disponer. Se basa esta conclusión en las diferentes concepciones que la doctrina da sobre la prohibición de disponer, distinguiéndola de la indisponibilidad de ciertas cosas o derechos. Singularmente, nosotros habíamos concebido la misma como un supuesto de falta de legitimación para disponer. Lo importante del caso es señalar cómo la calificación registral al señalar la existencia de una obligación de no enajenar mantiene la tesis de que ni en el primer caso ni en el segundo existe una condición suspensiva o resolutoria en sentido técnico. Este aspecto de la calificación es el más flojo, el más endeble, sin querer afrontar el verdadero problema que encerraba la constancia de una prohibición de disponer y de su falta de eficacia frente a terceros. Estaba condicionada suspensivamente esa prohibición hasta tanto se hicieran las obras y se determinase el destino fijado, lo que sucede es que todo ello no tenía trascendencia real, no podía afectar a tercero, y quedaba reducido en una obligación «inter partes». El que se cumpliera o incumpliera la condición quedaba marginado en el problema registral y el acta notarial presentada, con la intención de acreditar la construcción y el destino, para evitar la resolución y para justificar la posibilidad de disposición, ninguna relación guardaba con el contenido registral que, como veremos, ningún efecto real producía.

La Dirección General endereza la calificación registral y aporta en uno de sus considerandos tres razones importantes para centrar toda la eficacia de la prohibición entre las partes contratantes, en el campo puramente obligatorio: a) Al no establecerse un plazo puede generar una prohibición perpetua de enajenar. b) El cumplimiento no ha sido asegurado con ningún tipo de garantía real ni condición resolutoria afectante a todos los terceros, y c) Que no hay pacto reversional o designación de beneficiario para el supuesto de voluntario o involuntario incumplimiento. Y así es, ya que las partes se limitaron a condicionar la facultad dispositiva a la realización de un hecho, sin dar a la misma un apoyo resolutorio que pudiera permitir su aseguramiento registral.

b) *Eficacia registral*

La labor registral de calificación exige un pulso muy fino para detectar hasta dónde llega lo obligatorio y dónde empieza lo real. Aparte de otros aspectos que aquí no son del caso relacionar, lo que sí es cierto es que una parte esencial de la función tiene por contenido aquello que puso de relieve González Palomino: seleccionar lo que es real y lo que es obligatorio, para sólo admitir en los libros registrales lo primero rechazando lo segundo. Es una labor de expurgo, de selección, de empleo de tamiz y que, una vez realizada, debe cristalizar negando la entrada de aquello que a juicio del Registrador no debe publicarse.

Entiendo que el artículo 98 de la Ley Hipotecaria cubre ese posible error que el Registrador haya podido padecer al admitir a inscripción un pacto o estipulación que sólo ofrece proyección obligacional, pero también puede cobijar una cierta pereza: aunque se inscriba no pasa nada, pues no produce efectos contra terceros. No, en esto hay que ser drástico y seguir la clara

orientación que expresa el párrafo 6.º del artículo 51 del Reglamento Hipotecario y el artículo 434, 2.º del mismo, de donde claramente se deduce que todo aquello que no tenga trascendencia real no debe tener acceso al Registro no «consignándose referencia alguna en el asiento que se practique». La denegación o suspensión nunca puede constar en el cuerpo del asiento y su lugar es la nota que se extiende al pie del documento.

Por ello resulta incomprensible que se hiciese constar en el Registro el fin que matizaba la adquisición y la prohibición condicionada de disponer. Lo primero por ser una simple obligación que se le imponía personalmente a una de las partes y que la misma asumió y lo segundo —eso ya más grave— por haber admitido a inscripción una prohibición de disponer contra la prohibición del artículo 27 de la Ley Hipotecaria. Admitiendo el hecho y sin buscar las causas que lo produjeron es evidente que el efecto que la constancia registral producida quedaba circunscrito al reducto de las partes contratantes: en el primer caso por tratarse de una obligación personal y en el segundo por existir una prohibición legal de acceso a los libros del Registro, dejando la prohibición en ese campo de la obligación personal. Si todo ello no tenía la fuerza real condicionante no cabía la extensión de ninguna nota marginal de cumplimiento de condiciones al estilo del artículo 23 de la Ley Hipotecaria y 56 de su Reglamento.

La Dirección General en su último considerando y teniendo en cuenta el razonamiento seguido en los anteriores llega a su última conclusión: aunque la finalidad y la prohibición de disponer constasen en el Registro lo procedente es la aplicación del artículo 98 de la Ley Hipotecaria y con dicho artículo entender que ni uno ni otro derecho tienen el carácter de «gravámenes» y pueden ser cancelados por el Registrador a instancia de parte interesada. Es decir, a pesar de su constancia registral esos derechos no se transforman en reales para proyectar su eficacia frente a terceros, sino que la inscripción—como sucede con los actos nulos—los deja tan obligacionales como si no hubieran sido inscritos.

Esta doctrina, que puede ser válida para el primero de los casos examinados, es decir, para la necesidad por parte del comprador de cumplir el fin señalado en la escritura de construir y destinar la construcción, no me atrevería a extenderla sin restricciones al caso de las prohibiciones de disponer en las cuales no se encuentra la razón que justifique el por qué las que se establecen en títulos gratuitos tienen acceso al Registro y las demás deben rechazarse. Es la vieja cuestión de su eficacia en la que no se han dado razones suficientes para justificar esa selección. No podemos entrar ahora en ese complicado campo, pero sí queremos señalar dos puntos:

- La legislación hipotecaria trata, por todos los medios, de cerrar las puertas del Registro a las prohibiciones de disponer establecidas en actos onerosos, hasta tal punto que el artículo 57 del Reglamento, al admitir la garantía del posible cumplimiento de las mismas declara que se inscriba el acto o contrato que las contenga, la hipoteca que las garantiza y se «deniegue la inscripción de la prohibición de disponer». Cosa que ya La Ríça apuntó como insólito, pues sin saber en

que consiste dicha prohibición carece de sentido la hipoteca que la garantice.

- Inscrita indebidamente la prohibición parece que, conforme al artículo 98 de la Ley Hipotecaria, no produce efectos. Esta afirmación viene avalada por lo que actualmente establece el artículo 107, 3, que permite la hipoteca, aunque registralmente (hay que entender que la prohibición está inscrita, pues de lo contrario sobraría la referencia) conste el pacto de no volverlos a hipotecar.

Roca Sastre, sin embargo, entiende que la prohibición de disponer indebidamente inscrita en tanto no sea cancelada, surte efectos como han declarado las Resoluciones de 11 de agosto de 1916, 20 de diciembre de 1929 y 8 de mayo de 1946 (anteriores a la vigencia de la L. H. actual). Ello supone dejar en manos del funcionario calificador la determinación de los efectos reales, lo cual podría generar una responsabilidad ante el mandato legal de no inscribir.

Por las razones apuntadas parece lógico aplicar el artículo 98 de la L. H. y su complementario 355 del Reglamento en esa edición de «cualesquiera otros derechos» que el mismo emplea.

No puede extenderse una anotación preventiva de declaración judicial de quiebra, si la finca está inscrita ya a nombre de persona distinta del quebrado en el momento de presentarse el mandamiento, ni siquiera como referida exclusivamente a la constancia registral de la fecha a que se retrotrajeron los efectos de la quiebra, aun cuando en tal fecha sí figurase inscrita la finca a nombre del quebrado. La nota calificadora, confirmada por la dirección, estimó subsanable el defecto. (Resolución de 24 de enero de 1979; «Boletín Oficial del Estado» de 21 de febrero.)

Hechos.—En virtud del auto del Juzgado de Primera Instancia de la ciudad de Mula, de fecha 9 de febrero de 1977, se declaró en estado de quiebra necesaria a don Francisco Sánchez Espín, mayor de edad, casado, industrial y vecino de Barcelona, con domicilio en Conde Güell, 42, ordenando la inscripción de la declaración de quiebra en el Registro de la Propiedad en el libro de inscripciones, con expresión de la fecha señalada provisionalmente para la retroacción, y al mismo tiempo la anotación preventiva de la declaración de quiebra referida en las hojas registrales relativas a determinadas fincas del quebrado, si es que figuraban a su nombre o al de la sociedad conyugal en la fecha de retroacción señalada provisionalmente.

Presentando mandamiento del referido auto en el Registro de la Propiedad de Mula, a los efectos de hacer constar la anotación preventiva de referencia en relación con determinadas fincas reseñadas en el precitado auto, fue objeto de nota de calificación del tenor literal siguiente: «Inscrita la declaración legal del estado de quiebra necesaria de don Francisco Sánchez Espín, e inhabilitación del mismo para la libre administración y disposición de sus bienes, a que se refiere el precedente documento, en el libro 2.º de incapacitados, al folio 7, por su inscripción 8.ª, y suspendida la anotación preventiva de la declaración de quiebra en las hojas registrales

de las fincas que en el mismo se relacionan, por observarse los defectos subsanables siguientes: a) aparecer actualmente inscritas las citadas fincas a nombre de persona distinta al declarado en estado de quiebra, y no consignarse los linderos de los inmuebles objeto de la anotación. No se ha practicado de suspensión por no haberse solicitado.»

Presentado de nuevo mandamiento del referido auto, en unión de escrito adjunto solicitando nueva calificación, el Registrador consideró subsanado el segundo de los defectos consignados en la anterior nota calificadora, confirmando el primero porque, figurando inscritas las fincas a nombre de persona distinta del quebrado, no es posible practicar el asiento de anotación preventiva mientras no se cancelen las inscripciones a favor del actual titular.

El Procurador señor Cantos Galdámez interpuso gubernativo contra la segunda nota de calificación y alegó: que la Sindicatura de la quiebra, de la que ostenta representación, está legitimada para la interposición de recurso, según resulta de los artículos 19 de la Ley Hipotecaria y 111 del Reglamento para su ejecución; que se han cumplido los requisitos de procedibilidad de los artículos 134 y siguientes del Reglamento Hipotecario, así como los relativos al tiempo en que debe ser entablado; que, entrando en el fondo del asunto, indica que la calificación es incongruente, ya que lo que se ordena en el mandamiento no es la anotación de quiebra —inviable si ya no es el quebrado titular—, sino la anotación preventiva (de la fecha) señalada provisionalmente para la retroacción, en los asientos de las fincas que a la sazón estuvieran a nombre del quebrado; que del precitado mandamiento resulta que en la fecha de retroacción figuraban los bienes a nombre del quebrado, y ahora lo están a nombre de otra persona, de lo que se deduce que el quebrado las vendió con posterioridad a la referida fecha de retroacción; que el carácter público de la quiebra no puede rebajarse hasta el extremo de que ni siquiera la fecha de retroacción pueda ser objeto de anotación preventiva; que la constancia registral de la fecha de retroacción no lesiona los intereses del actual titular registral, siendo de utilidad su consignación a efectos de publicidad respecto de quienes puedan tener relaciones jurídicas con las fincas; que la nulidad radical de los actos dispositivos del quebrado entre la fecha de retroacción declarada y la de la declaración de quiebra, pese a la Ley Hipotecaria y a la buena o mala fe del adquirente, resulta, entre otras, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1958; y que el carácter público de nuestro Derecho concursal abona la tesis de ser viable la constancia registral de la anotación preventiva de la fecha de retroacción, aunque al practicarse no sea ya titular registral el declarado en quiebra.

El Registrador informó: que lo ordenado en el mandamiento es la anotación preventiva de la declaración de quiebra con expresión de la fecha de retroacción, y no la anotación preventiva de la fecha de retroacción, ya que esta última —a diferencia de la primera— no encuentra apoyo en precepto alguno; que no hay incongruencia de la calificación registral respecto del mandamiento judicial, sino suspensión de la práctica del asiento de anotación preventiva y, consiguientemente, no consignación de la fecha de re-

troacción, ya que tal dato no es susceptible de tener acceso al Registro al haberse suspendido la práctica de la anotación; que el recurrente viene a admitir la realidad de la nota calificadora al excluir en sus alegaciones la práctica de la anotación en el supuesto de que el quebrado no sea ya titular; que las anotaciones de origen judicial que tiene acceso al Registro han de dimanar de procedimiento seguido contra quien sea titular registral en el momento en que la anotación se practica, lo que no ocurre en el presente caso, en que el procedimiento se ha seguido no contra el titular registral actual, sino contra un titular anterior, sin demanda, citación ni audiencia del primero en el procedimiento y con clara infracción de las exigencias del principio de tracto sucesivo; que de seguir la doctrina del recurrente, la nulidad de los actos dispositivos del quebrado y, presupuesta la retroacción, alcanzaría a cualesquiera titulares registrales, incluso en el supuesto de que la declaración de quiebra no llegara a anotarse; que la fecha de retroacción fijada en el mandamiento es provisional; que en el dudoso supuesto hipotético de que la adquisición del actual titular registral fuese nula, lo que surgiría sería un supuesto de inexactitud registral y, en consecuencia, habría que rectificar el Registro; que el Registrador carece de legitimación para decretar la nulidad de una adquisición y la consiguiente cancelación de la inscripción que la refleja, y que en este sentido se manifiesta la Resolución de 28 de febrero de 1977; que la constancia de la fecha de retroacción no puede ser objeto único de anotación preventiva, ya que es un puro dato accesorio dentro de la anotación de quiebra, y que mientras no se cancelen las inscripciones vigentes a favor del actual titular registral, no es posible practicar el asiento interesado en el mandamiento judicial.

El Juez de Primera Instancia informó: que el Registrador en su calificación es congruente con el mandamiento judicial; que el tracto sucesivo obstaculiza, en efecto, la práctica de la anotación, ya que el titular registral vigente no es el quebrado y todo ello resulta del artículo 20 de la Ley Hipotecaria; que no se puede practicar anotaciones sobre inmuebles inscritos a favor de personas no demandadas en juicio; que la nulidad del artículo 878 del Código de Comercio no es tan absoluta como para prescindir de su declaración judicial en proceso contradictorio con intervención de las partes, y agregó a las anteriores consideraciones que si al tiempo de la fecha de retroacción «los bienes sobre los que se pretendía tal anotación figuraban inscritos a favor del quebrado, es indudable que ello suponía, implícitamente, que los tales bienes también figuraban en la actualidad inscritos a nombre del quebrado».

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones sustancialmente similares a las expuestas por éste.

El Procurador, señor Cantos Galdámez, interpuso recurso de apelación con relación al auto—confirmatorio de la nota del Registrador—del Presidente de la Audiencia, añadiendo a sus anteriores argumentaciones, que a pesar del carácter impropio de la anotación de la fecha de retroacción de la quiebra, es viable su constancia registral, ya que la anotación propugnada ni determina una carga real ni produce efectos de cierre del Registro.

Y la Dirección General acuerda confirmar el auto apelado y la nota del Registrador, en base a la siguiente doctrina.

Doctrina.—«El problema planteado en el presente recurso consiste en determinar si puede extenderse una anotación preventiva de declaración judicial de quiebra en el supuesto de que las fincas sobre las que haya de practicarse estén inscritas a nombre de persona distinta del quebrado, al resultar de los libros del Registro que es otro el titular registral en el momento de presentación del mandamiento judicial; y más concretamente, si en el anterior supuesto es posible entender que la fecha de retroacción de la quiebra tiene entidad suficiente para poder ser objeto exclusivo de una anotación preventiva, de suerte que fuera viable su práctica en estas condiciones.»

«El acceso de la declaración judicial de quiebra al Registro de la Propiedad se halla facilitado por los artículos 142 y 166, párrafo 4.º, del Reglamento Hipotecario, precepto este último que se refiere expresamente a las resoluciones judiciales declarativas del estado de quiebra.»

«En el momento de presentar el mandamiento en el Registro las fincas aparecen a nombre de persona distinta del que ha sido declarado en estado de quiebra, por lo que a la práctica se interfiere el artículo 20, 2, de la Ley Hipotecaria, que cierra los libros del Registro en los casos en que su titular sea persona distinta—como ocurre en el presente caso—de la contemplada como sujeto directamente afectado por la anotación.»

«A mayor abundamiento, la anotación preventiva de declaración judicial de quiebra aparece tratada en la Ley Hipotecaria como un subtipo de las anotaciones de incapacidad, y en estos supuestos y otros análogos el artículo 73 de la Ley Hipotecaria presupone la previa inscripción a favor de la persona directamente afectada por la anotación, en este caso el quebrado, sin que conste que el titular registral que proclaman como actual los asientos del Registro haya sido demandado, citado ni oído en el procedimiento, lo que no guarda paralelismo con las normas básicas procesales.»

«Por consiguiente, la práctica de la anotación de declaración de quiebra aparece obstaculizada por la mencionada interferencia del principio de tracto sucesivo registral, de suerte que su práctica exigiría la cancelación de la inscripción actualmente vigente y la inscripción a nombre del quebrado de las fincas afectadas, con lo que la congruencia procesal e hipotecaria de la mentada anotación no encontraría ningún obstáculo para su extinción en el Registro.»

«Al poner en relación los principios hipotecarios con el artículo 878, punto 2.º, del Código de Comercio, trae consigo que este último precepto no pueda ser interpretado en su sentido más radical, pues ello llevaría a cancelar automáticamente los asientos posteriores a la fecha de retroacción y relativos a actos dispositivos del quebrado; pero a la práctica de la referida cancelación se oponen preceptos que—como los artículos 82 de la Ley Hipotecaria y 174, 3.º, del Reglamento para su ejecución—minimizan los efectos de la retroacción en el caso que nos ocupa, al no ser firme la resolución, por lo que resulta registralmente inadecuada la postura maximalista en el supuesto discutido.»

«No obstante, el verdadero problema planteado en forma alternativa en el recurso es la posible práctica de una nueva y autónoma anotación preventiva, cuyo objeto exclusivo sería la sola constancia de la fecha de retroacción.»

«Hay que tener en cuenta que la fecha de retroacción es un mero elemento accesorio dentro de la sustantiva anotación de declaración de quiebra, por lo que no sería en sí viable su práctica, aparte de que su admisibilidad se hallaría obstaculizada por el criterio de «*numerus clausus*» en materia de anotaciones preventivas, criterio avalado por el artículo 42, número 10, de la Ley Hipotecaria y las Resoluciones de este Centro Directivo de 14 y 31 de diciembre de 1960.»

CONSIDERACIONES CRITICAS

Juegan en el presente recurso una serie de problemas abiertamente conflictivos que se agrupan en torno a esa temida figura de la economía del comerciante en su época de crisis: la quiebra. Esta situación, que es la ambulancia del comerciante preagónico, es escoltada por el grupo de acreedores que tratan de salvar como sea esos dineros que el quebrado no puede restituir. Una de las instituciones receptoras de las medidas que los acreedores intentan realizar para salvar su situación es el Registro de la Propiedad donde, aparte de poder hacerse constar la situación del quebrado, se puede trabar mediante anotación preventiva los bienes que a nombre del quebrado figuren en el mismo. Aparte de ello y en evitación de las posibles maniobras enajenativas que el abogado a la quiebra puede realizar apoyándose en la institución registral, está esa feroz regla de la retroacción de la quiebra que puede poner en aprieto al principio de fe pública registral.

El tema, aquí, sin embargo, se desvía un poco, pues la pretensión del recurrente es que la anotación preventiva refleje no la situación de quiebra, sino la «fecha a que se retroyeron lo sefecos de la quiebra. No obstante, esa petición nos va a permitir abordar el interesante tema de la retroacción en la limitada manera que este comentario permite y de paso resaltar críticamente los aspectos más sobresalientes de la Resolución.

Antes, sin embargo, de entrar en la materia propia del recurso quiero hacer una cita «retroactiva». En el año 1951 en el saloncito de conferencias del Instituto de Estudios Jurídicos y con la organización del Centro de Estudios Hipotecarios Roca Sastre daba una conferencia en el ciclo, que se llamaba «Imperfecciones hipotecarias». Yo me contaba entre los oyentes. Era un opositor, había dejado muchas horas en el libro de Roca y necesitaba comprobar si su figura física correspondía con la grandeza de su obra. La última parte de la conferencia se refería al conflictivo artículo 878 del Código de comercio y la impresionante sanción de nulidad para todos los actos celebrados entre las fechas de la declaración y la retroacción. Roca, con su conocida tesis del concepto del tercero, salvaba la imperfección y entendía que eso nunca podía ser una excepción al principio de fe pública y que lo que había que reformar era el Código de comercio. Como veremos, todo esto tie-

ne su importancia en relación con un punto clave que la Dirección General soluciona en la Resolución.

Para proceder con un cierto orden vamos a distinguir dos problemas: el de la anotación preventiva solicitada y el de la retroacción de la quiebra en su proyección registral.

A) ANOTACION PREVENTIVA DE DECLARACION DE QUIEBRA

La normativa hipotecaria, según la entendí, en los casos de suspensión de pagos y quiebra arbitra una inscripción en el Libro de Incapacitados (artículo 2, 4.º de la L. H.), una anotación preventiva cuando se dicte providencia judicial en la petición de declaración de quiebra (artículo 42, 5 L. H.) y una inscripción de la resolución judicial firme de incapacidad en los libros de Inscripciones, por conversión de la anotación preventiva o directamente, sin perjuicio de la que se realice en los Libros de Incapacitados (artículo 387 del Reglamento Hipotecario). No parece ser este el camino que los hechos y las peticiones de práctica de asientos se recogen en el presente caso.

Parece ser que existía una declaración de quiebra firme en la que se señalaba la fecha de la retroacción y lo procedente, según mi tesis, es que se practique en los libros de inscripciones (conforme dice el artículo 387 del Reglamento Hipotecario) los asientos correspondientes que no pueden ser otros que el de inscripción de esa resolución judicial, practicando luego en el Libro de Incapacitados el correspondiente asiento con las circunstancias que señala el artículo 55 del Reglamento Hipotecario. Lo que parece pedirse y aceptarse en parte por el Registrador es que se practique una inscripción en el Libro de Incapacitados y una o varias anotaciones preventivas en cada una de las fincas con la declaración de quiebra y la fecha de la retroacción (aunque luego lo que se solicita es la «anotación de la fecha de la retroacción»). En esta dirección mía no hay más que un fundamento que puede avalarla, ya que conforme a la Ley Hipotecaria —y el «*numerus clausus*» que parece predicarse de este sector sólo cabe anotación preventiva de suspensión de pagos o quiebra cuando se solicite judicialmente la resolución judicial, no cuando la resolución judicial esté dictada («*propusiere demanda con objeto de obtener alguna de las resoluciones*», dice el artículo 42, 5.º de la L. H.).

Por todo ello no me parece correcto que se rechace la anotación preventiva pedida en base del principio de tracto sucesivo, sino lo que tenía que rechazarse es la anotación preventiva como asiento en base de que no procede, pues ella solamente cabe en los casos en que se demande la resolución judicial de la situación de quiebra. Lo que ya cabía discutirse es la procedencia o no de la anotación de la fecha de la retroacción. Veamos las razones que se invocan para rechazar ambos asientos:

El primero, es decir, la anotación preventiva de quiebra, en base de que al intentar practicarse resulta de los libros registrales que las fincas que podían ser anotadas figuran inscritas a favor de personas distintas de aquella contra la cual se siguió el procedimiento de quiebra o se pidió la declaración

de la misma. La razón que alega el Registrador es que las anotaciones de origen judicial que tienen acceso al Registro han de dimanar de procedimiento seguido contra quien sea titular en el momento en que la anotación se practica, lo que no ocurre en el presente caso, en que el procedimiento se ha seguido no contra el titular actual, sino contra un titular anterior, sin demanda, citación ni audiencia del primero en el procedimiento y con clara infracción de las exigencias del principio de tracto sucesivo. Prácticamente a igual solución llega la Dirección General considerando que a la práctica de la anotación preventiva se opone el artículo 20, 2.º de la Ley Hipotecaria, «que cierra los libros del Registro en los casos en que su titular sea persona distinta —como ocurre en el presente caso— de la contemplada como sujeto directamente afectado por la anotación». que cierra los libros del Registro en los casos en que su titular sea persona distinta —como ocurre en el presente caso— de la contemplada como sujeto directamente afectado por la anotación». También la Dirección utiliza otro argumento y es que la anotación preventiva de declaración de quiebra aparece como un subtipo de anotación de incapacidad (no de prohibición de disponer) y en esos supuestos el artículo 73 de la Ley Hipotecaria presupone la previa inscripción a favor de la persona directamente afectada por la anotación.

Por todo ello, vemos que para nada, ni Registrador ni Dirección General utilizan el posible argumento que antes he expuesto, es decir, que no cabía el asiento de anotación por prescribir la Ley o inducirse de la misma que lo que procede es una inscripción, aunque para el caso hubiera sido igual, pues en ambos casos el argumento del tracto sucesivo hubiese sido fundamental. Insisto: el artículo 42 de la L. H. en su número 5.º habla de «anotación preventiva» cuando se pida la declaración de quiebra, el artículo 142 del Reglamento Hipotecario insiste en la misma idea y solamente el artículo 166, 4.º del R. H. al tratar de las circunstancias del asiento habla de «resolución judicial declarando el concurso o la quiebra», presuponiendo que éste es de anotación. ¿Cuál de los preceptos debe prevalecer y cuál el asiento a extender? Los efectos de la constancia son idénticos frente a terceros y en orden a la posible calificación de los actos realizados por el quebrado, con la única diferencia que la anotación tiene vida limitada (lo cual no puede cubrir el período en que la quiebra puede tener solución) y la misma caducará por transcurso del plazo, salvo que se haya ordenado la prórroga de la misma, y la inscripción tiene vida constante hasta que llegue el momento de la cancelación.

Por otros caminos Tirso Carretero (Comentario a esta misma Resolución, «Rv. Cr. Dr. Inmb.» 1981, número 545, pág. 1049) ataca la solución que se da al supuesto y ofrece el contrapeso que al principio de tracto sucesivo ofrece el de prioridad. Dice, con cierta razón, que al resolver la cuestión en base al principio de tracto sucesivo, siempre adjetivo y formal, sin acordarse para nada del principio de prioridad, se despreció en demasía las varias fechas que habían de intervenir al plantearse el problema en torno a los principios de prioridad material, inopinabilidad y fe pública registral; en especial resulta extraño que no se aclare la cuestión de si la escritura de enajenación efectuada por el quebrado era anterior o posterior a la fecha a la que debían retro-

traerse los efectos de la declaración de quiebra, pues el recurrente se limita a deducir que el quebrado vendió las fincas con posterioridad a la fecha de la retroacción, del hecho de que el mandamiento las suponga inscritas a nombre del quebrado en la fecha de retroacción y lo estén a nombre de otra persona al llegar el mandamiento al Registro.

Entiendo que Tirso Carretero comienza a obsesionarse por el juego de estos dos principios y bien está que distingamos la prioridad sustantiva de los artículos 32 y 145, 2.º de la L. H. y la formal de los artículos 17 y 313 de la misma, pero que queremos llevar la sustantiva a todos aquellos casos en los que no existe una excepción a la formal, me parece excesivo. Querer, en este caso concreto, dar toda la eficacia mortal al artículo 878 del Código de comercio cuando toda la doctrina está buscando razones para mitigar sus tremendos efectos, me parece un serio atentado al principio del «*prius tempore potior iure*» en su aspecto formal que sólo debe admitir excepciones sustantivas cuando así se establezca por una ley especialmente.

Por lo que se refiere a la anotación de la fecha de retroacción de la quiebra el razonamiento denegatorio es técnicamente correcto. En el sistema del «*numerus clausus*» que establece el artículo 42 de la L. H. no cabe una anotación de la fecha de la retroacción de una quiebra. Tampoco creo que quepa la anotación de la resolución en que se fije una fecha a partir de la cual se determinan ciertos efectos a producir. La fecha, para mí, no es más que uno de los muchos datos o circunstancias que ha de tener la anotación, pero no la esencia de la misma.

Creo que en este punto no cabe discusión. El criterio de la calificación y la Resolución de la Dirección General de los Registros no puede ser más correcto: el dato que la fecha de la retroacción representa (aparte de ser provisional, como dice el Registrador) es un mero elemento accesorio dentro de la sustantiva anotación de declaración de quiebra. Contra ello no cabe alegar ninguno de los argumentos que el recurrente esgrime en su escrito de interposición del recurso. Aparte de ello avalan la postura registral las Resoluciones de 14 y 31 de diciembre de 1960 en orden al sistema del «*numerus clausus*» de las anotaciones preventivas. La fecha es un dato de cómputo, pero nunca es un dato sustantivo capaz de originar un asiento registral. Es dato, circunstancia o requisito, pero nunca sobre el mismo puede montarse un asiento registral.

B) RETROACCION DE LA DECLARACION DE QUIEBRA

Al principio comentábamos la posición doctrinal de Roca Sastre en orden a esa dudosa «imperfección» hipotecaria que parece deducirse del artículo 878, 2.º del Código de comercio con su efecto de provocar la nulidad de todos aquellos actos realizados por el declarado en quiebra desde la fecha a que se retrotraen los efectos de la misma. Es decir, queda en manos del Juez la determinación de la validez o nulidad de los actos realizados por el quebrado fuera o dentro de ese período de retroacción.

Y quería valorar la valentía que representa, aparte del progreso que supone

en la interpretación, a esta Resolución de la Dirección General de los Registros que abre un cauce importante para mitigar, reducir y aplicar equitativamente esos efectos. En el considerando 6.º el que importa ahora y que dice: «Al poner en relación los principios hipotecarios con el artículo 878, punto 2.º, del Código de comercio, trae consigo que este último precepto no pueda ser interpretado en su sentido más radical, pues ello llevaría a cancelar automáticamente los asientos posteriores a la fecha de la retroacción y relativos a actos dispositivos del quebrado; pero a la práctica de la referida cancelación se oponen preceptos que —como los artículos 82 de la Ley Hipotecaria y 174, 3.º del Reglamento para su ejecución— minimizan los efectos de la retroacción en el caso que nos ocupa, al no ser firme la resolución, por lo que resulta registralmente inadecuada la postura maximalista en el supuesto discutido».

Hemos dicho que la Resolución abría un cauce, pero lo que queríamos decir es que «ahonda» en un cauce, lo hacía más profundo, pues ya la Resolución de 28 de febrero de 1977 discurría por los mismos caminos (fue comentada en este ANUARIO DE DERECHO CIVIL en el tomo XXXI, fascículo 4.º, 1978). La retroacción de la quiebra no puede producir «ipso iure» la nulidad de los actos y en base de ella procede la cancelación de los mismos, pues no hay que olvidar —dejando a un lado el artículo 34 de la L. H.— que aquí entra en juego el artículo 82, 1.º de la L. H. y el 174 de su Reglamento que exigen una «resolución que sea firme» para proceder a la cancelación.

Recuerdo que al filo del comentario de dicha Resolución de 1977 decíamos que en ese punto indicado residía la habilidad de la Resolución para solucionar un problema que doctrinal y jurisprudencialmente parecía ya decidido. No parece que se trate de una nulidad «ipso iure» u «ope legis», que surge en base de una decisión judicial que marca una fecha, sino que es preciso, como dice uno de sus considerandos, que se ordene la cancelación mediante sentencia firme o contra la cual no se encuentre pendiente de recursos de casación, conforme al artículo 82, 1.º de la L. H. y 174 de su Reglamento.

La situación la provocó la conocida Sentencia de 17 de marzo de 1958 y ante ella y, antes de ella, la doctrina había reaccionado diversamente sin llegar a una solución definitiva. Fue importante, por ejemplo, la tesis de Roca Sastre que en su persistente idea del tercero como «subadquirente», pretendía que la idea de considerar al quebrado como «inhabilitado o incapacitado» para la gestión de sus bienes, se sustituyese por la de una «prohibición de disponer» de tal modo que los actos realizados por el mismo en el período de retroacción serían impugnables y revocables, salvo los otorgados a título oneroso a favor de quien ignoraba o desconocía el estado de quiebra.

También lo fue la de Hermida Linares en su estudio de los efectos de las inscripciones de incapacidad y el antiguo artículo 23 de la L. H. y su proyección —sacada por Ginés Cánovas— sobre la retroacción de la quiebra. Luego vino la tesis de Bilbao Aristegui que distingue entre primera y segunda transmisión, siendo en ambas calificado el adquirente como tercero (para combatir la tesis de Roca) y que exige en el mandamiento las inscripciones que deben ser canceladas y que el titular registral haya sido parte y vencido en juicio y que los actos anulables emanen del titular registral. Igualmente

la aportación de Camy Sánchez Cañete al utilizar el artículo 173 del R. H. que deja siempre a salvo el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Resulta difícil pronunciarse en una cuestión que está en el constante litigio judicial. Entiendo que es una arbitrariedad el efecto retroactivo de la quiebra, pues puede dejar fuera o dentro, según el arbitrio judicial, actos de mucha o poca trascendencia y de otra parte, supone un serio atentado al principio de «seguridad jurídica» del que habla la Constitución vigente en su artículo 9, pero aun admitiendo ese efecto creo que en las conclusiones del mismo habría de conjugarse estos elementos decisivos: la buena o mala fe del adquirente, la determinación judicial de los actos o contratos que deben ser anulados por el juego del artículo 82 de la L. H. y el juego de los principios de tracto sucesivo y prioridad en esta dimensión conflictiva de adquirentes, disponibles en unos tiempos que ignoran pueden ser afectados por la fecha a que el Juez decida ser retrotraída los efectos de la quiebra. El problema es auténticamente conflictivo y muy complicado.

Es defecto, aunque subsanable, que el auto estimatorio, dictado en expediente de dominio de reanudación del tracto registral interrumpido, no contenga expresamente, como impone el artículo 286 del Reglamento Hipotecario, el pronunciamiento de cancelación de las inscripciones contradictorias. (Resolución de 7 de marzo de 1979; «Boletín Oficial del Estado de 27 de marzo).

Hechos.—Mediante escrito de fecha 22 de julio de 1976, el Procurador don Felipe Ramos Arroyo, en nombre y representación de doña Laureana Gómez González, promovió ante el Juzgado de Primera Instancia número 17 de Madrid expediente de dominio para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido de una finca urbana de 200 metros cuadrados de superficie, situada en el término municipal de Vicálvaro, que se describe a continuación, y en cuyo auto se recogen los siguientes extremos: Que su representada, doña Laureana Gómez González, era dueña en pleno dominio y al propio tiempo poseía la referida finca; que anteriormente había pertenecido a don Bonifacio Clemente Herradón, que se la había vendido en fecha no precisada del año 1935, sin que se suscribiera documento alguno, dada la relación de amistad existente en aquel entonces entre las dos partes, adjuntándose algunos documentos probatorios de que doña Laureana Gómez González había venido poseyendo en concepto de dueña la referida finca desde aquella fecha y continuando en la actualidad con dicho dominio; que la referida finca se halla enclavada actualmente en la calle de Hermanos Machado, número 24, sin que se encuentre arrendada a persona alguna, disponiendo de la misma doña Laureana Gómez, con toda libertad, desde hace más de treinta años; que se acompaña certificación de defunción de don Bonifacio Clemente Herradón, certificación del Registro de la Propiedad número 8 de Madrid, así como certificación de la Sección de Catastros de la Delegación de Hacienda de la provincia, de 6 de octubre de 1976, en la que se hace constar que la finca citada figuraba tributando a nombre de doña Laureana Gómez González; que en 26 de octubre de 1976 se dictó providencia, acordando

do dar traslado del escrito al Ministerio Fiscal y citar a los colindantes de la finca, así como convocar a las personas ignoradas, a quienes pudiera perjudicar la inscripción interesada, por medio de los correspondientes edictos; que transcurrido el término de tales citaciones sin que apareciera persona alguna a alegar lo que a su derecho conviniera se practicó la prueba documental y la testifical, habiendo sido examinados tres testigos que manifestaron ser ciertos los hechos; que por el Ministerio Fiscal se interesó la declaración de los hijos del titular registral, compareciendo tres de los cuatro de ellos, los cuales manifestaron que era cierto el hecho de la venta de la finca de que se trata, no teniendo ninguno de ellos inconveniente alguno en que se inscriba a su nombre en el Registro de la Propiedad, y que, por último, se declaraba justificado a favor de doña Laureana Gómez González el dominio de la finca de la calle de Hermanos Machado, 24, ordenando la entrega a la interesada testimonio literal del auto, para que le sirva de título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad número 8 de Madrid.

Presentado en el Registro de la Propiedad número 8 de Madrid el anterior documento fue calificado con la siguiente nota: «No admitida la inscripción del auto resolutorio del expediente de dominio, instado para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido, por no ordenarse en la parte dispositiva de la resolución la cancelación de las inscripciones contradictorias a que se refiere el artículo 202 de la Ley Hipotecaria. Siendo insubsanable el defecto, no procede tomar anotación preventiva».

El nombrado Procurador en la representación que ostentaba interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó que el artículo 202 de la Ley Hipotecaria no exige tal requisito, ya que es el artículo 286 del Reglamento Hipotecario, al decir que: «El auto aprobatorio del expediente... dispondrá la cancelación», en el que emplea este término, pero en sentido de admonición más que en un sentido propiamente imperativo, como se deduce del propio contexto de dicho precepto, ya que a continuación emplea el término «necesariamente» para referirse a aquellos requisitos que ha de contener el auto, sin los cuales no es posible la inscripción. Que por ello la palabra «dispondrá», más bien puede interpretarse en el sentido de que la posibilidad de cancelar la tiene el auto por sí mismo, es decir, como resolución emanada de la autoridad judicial, sin que sea preciso —aunque en la práctica se venga haciendo de otra forma— que en su literalidad se contenga un mandato al Registrador para que cancele; que ésta es la interpretación más lógica del artículo 286 del Reglamento Hipotecario en relación con el 202 de la Ley, y por ello ha de reconocerse que al ser inscribibles los autos dictados en estos expedientes de dominio, necesariamente habrán de cancelarse las inscripciones anteriores, a fin de que no existan contradicciones en el Registro.

El Registrador informó: Que en el auto del Juzgado de Primera Instancia número 17 de Madrid, que nos ocupa, no hay mandato alguno cancelatorio de inscripciones contradictorias, por lo cual no se ajusta a los términos imperativos del ordenamiento; que los términos empleados por el artículo 286 del Reglamento Hipotecario: «que el auto aprobatorio de expediente...

dispondrá la cancelación», no pueden interpretarse en otro sentido que en el imperativo, y ello no sólo por la literalidad de la norma, sino por la aplicación del principio hipotecario de legitimación, que exige la cancelación del asiento contradictorio; que éste también es el criterio mantenido constantemente por la jurisprudencia de la Dirección General, pudiéndose citar, entre otras Resoluciones, las de 16 de noviembre de 1923, 27 de noviembre de 1958 y 16 de julio de 1973.

El Magistrado-Juez que intervino en el procedimiento informó: Que el auto dictado da cumplimiento a los dos principios rectores del procedimiento civil, que son los de rogación y congruencia; que según el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece los principios de jerarquía de las normas, no podrán los Tribunales aplicar otras disposiciones, de cualquier clase que sean, que estén en desacuerdo con las Leyes; que lo mismo resulta de lo ordenado en el título preliminar del Código Civil sobre la misma materia, y que de la simple lectura de los artículos 202 de la Ley Hipotecaria y 286 de su Reglamento se desprende que la disposición reglamentaria restringe, modifica, varía y altera lo dispuesto por la Ley, al aumentar el número de los requisitos exigidos por ésta para la inscripción de las resoluciones judiciales que se dicten en los expedientes de dominio tramitados con arreglo al artículo 201 de la misma Ley, por lo que, ante esta colisión de normas, debe prevalecer lo dispuesto en la de rango superior, es decir, en el artículo 202 de la Ley Hipotecaria.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente y por el Juez que intervino en el procedimiento, declarando que la disposición del párrafo 1.º del artículo 202 de la Ley Hipoteca, de que los expedientes tramitados con arreglo a la misma serán inscribibles, aunque en el Registro aparecieran inscripciones contradictorias, siempre que éstas tengan más de treinta años de antigüedad y el titular de las mismas haya sido citado legalmente y no hubiera formulado oposición, es cabalmente aplicable al expediente de dominio que nos ocupa, puesto que la inscripción vigente de dominio databa de 20 de febrero de 1932, o sea, de más de treinta años, habiendo sido precedentemente citados por edictos insertos en el Ayuntamiento, Juzgado Municipal, Boletín Oficial de la Provincia y en periódico de los de mayor circulación de la capital, todas las personas que menciona el artículo 201 de la propia Ley, sin que ninguna de ellas compareciera a oponerse; que el adjetivo «inscribible» empleado por la Ley quiere gramaticalmente decir que los expedientes a que se refieren pueden inscribirse ya, con la sola concurrencia, así apreciada, de los complementarios requisitos señalados por el propio precepto, y nada más.

Apelado el auto presidencial por el Registrador, la Dirección General acordó, con revocación del auto apelado, que procede confirmar la nota del Registrador, si bien estimando el defecto como subsanable, en base a la siguiente doctrina.

Doctrina.—«El problema planteado en el presente recurso consiste en determinar si en el auto que pone término al expediente de dominio para la reanudación del tracto sucesivo registral interrumpido ha de contenerse ex-

presamente el pronunciamiento de cancelación de las inscripciones contradictorias o, por el contrario, tiene por sí virtualidad cancelatoria sin necesidad de mandato alguno.»

«La tramitación de un expediente de dominio, al objeto de reanudar el tracto sucesivo interrumpido, lleva implícita por parte del solicitante la petición de que se cancelen las inscripciones contradictorias que estuvieren vigentes, ya que la finalidad primordial pretendida por el peticionario es la de que si aparece justificado su dominio sobre el inmueble, se dicte por el Juez, a través del procedimiento regulado en el artículo 201 de la Ley Hipotecaria, el correspondiente auto, que, consentido o confirmado, será título bastante para la nueva inscripción, siempre que se den las circunstancias del artículo 202 de la misma Ley.»

«A diferencia de este artículo 202 de la Ley, que no establece ningún requisito sobre el particular, el Reglamento Hipotecario, al desarrollar este precepto legal impone en su artículo 286 con un rigor formal excesivo, y quizá no totalmente justificable, dadas las garantías de que aparece rodeado el procedimiento debido a su carácter judicial, que el auto ordene expresamente, además de la inscripción de dominio a favor del autor, la cancelación de aquellas inscripciones que le sean contradictorias, así como que se han observado los requisitos exigidos y la forma en que se practicaron las citaciones prescritas.»

«Por último, el defecto no puede ser estimado como insubsanable, ya que a petición de la parte actora puede ser completado el auto aprobatorio y contener la omisión formal padecida, por lo que dejará de existir el obstáculo reglamentario que se opone a la inscripción del dominio a favor de la interesada.»

CONSIDERACIONES CRITICAS

Las tres finalidades que el expediente de dominio tiene en nuestro sistema, esto es: inmatriculación de fincas, reanudación del tracto sucesivo y hacer constar en el Registro la mayor cabida de fincas ya inscritas, presentan diferencias de tramitación y ofrecen en materia de efectos una singularidad especial. Mientras la inmatriculación y la constatación de excesos de cabida se sirven del expediente para lograr un documento hábil que permita la inscripción en el Registro, el expediente para la reanudación del tracto sucesivo tiene, como dice La Rica, un alcance cancelatorio respecto de los asientos de posesión o dominio referentes a la misma finca que estén vigentes y se le opongan. La inscripción que suponga contradicción declara la existencia del derecho a favor de una persona distinta del titular y de ahí que sea precisa la necesidad de su cancelación.

Esta parece ser la esencia de lo que vienen a disponer los artículos 202 de la Ley Hipotecaria, que diferencia los asientos contradictorios según tengan más o menos de treinta años de antigüedad, y el 286 del Reglamento que impone la necesidad de que el auto aprobatorio disponga la cancelación de las inscripciones contradictorias.

Aquí es donde está todo el tema del recurso, ya que el recurrente, el Magistrado-Juez que intervino y el Presidente de la Audiencia entienden que el auto no debe contener ni disponer la cancelación de los asientos contradictorios, mientras que el Registrador y la Dirección General opinan lo contrario, siendo esta última la que, decidiendo finalmente, da por buena la postura registral: es necesario que el auto contenga esa disposición, aunque su ausencia sea defecto subsanable. Por ello debemos distinguir los argumentos utilizados por unos y otros y la necesidad o no de que tal disposición se contenga en el auto.

a) *Argumentación de las partes*

Creo que las dos argumentaciones de más fuerza son las que utilizan el Magistrado-Juez y el Presidente de la Audiencia. El primero, al invocar los dos principios rectores del procedimiento (rogación y congruencia) y el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece los principios de jerarquía de las normas impidiendo a los Tribunales aplicar otras disposiciones que estén en desacuerdo con las leyes y, en el presente caso, el 286 del Reglamento restringe, modifica, varía y altera lo dispuesto en la ley. El Presidente de la Audiencia se fija solamente en el párrafo 1.º del artículo 202 de la Ley Hipotecaria, donde sólo se dispone que los expedientes de dominio serán inscribibles, aunque existan inscripciones contradictorias de más de treinta años, que es el caso que se contempla en el supuesto planteado.

Es difícil decidir cuándo un Reglamento destinado a la aplicación de lo dispuesto en la Ley traspasa las fronteras de lo permitido y va en contra de lo dispuesto en la Ley. Si seguimos la argumentación del Juez y nos paramos, por ejemplo, en el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, vemos que en su contenido se restringe la facultad calificadora cuando de documentos judiciales se trata en contra de lo que dispone la Ley en Varios de sus artículos (artículos 99 y 100) y en estos casos la Judicatura está muy de acuerdo en la aplicación estricta del Reglamento Hipotecario. Yo creo que donde hay que buscar es en la esencia del requisito de la cancelación y saber si éste es o no necesario para ver si el Reglamento se extralimitó frente a la formulación genérica de la Ley: restringiéndola (lo cual es dudoso), modificándola, variándola o alterándola.

El Registrador alegaba en su informe tres razones: la literalidad del precepto, el principio de legitimación y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 16 de noviembre de 1923, 27 de noviembre de 1958 y 16 de julio de 1973. La Dirección General intenta «conciliar» su decisión con dos argumentos: toda iniciación o tramitación de un expediente de dominio con objeto de reanudar el tracto sucesivo, lleva consigo —implícitamente— la petición de que se cancelen las inscripciones contradictorias que estuvieran vigentes, aunque el Reglamento al desarrollar el precepto legal impone, con un «rigor formal excesivo y quizá no totalmente justificable» dadas las garantías que rodean al procedimiento, que el auto ordene no sólo la ins-

cripción, sino la cancelación de aquellas inscripciones que sean contradictorias.

Hay que buscar, por tanto, la razón superior que avale lo que el Reglamento dice, pues si el expediente lleva consigo una petición de cancelación es preciso que el auto especifique la inscripción que debe cancelarse, pues ello no puede quedar al arbitrio del Registrador, que sólo interviene en el procedimiento suministrando datos que permiten tramitar el expediente y al no saber si los interesados han comparecido, se han opuesto, han sido oídos, etc.

b) Necesidad de la disposición cancelatoria

La Rica explicaba magistralmente la razón de que las inscripciones contradictorias debían ser canceladas diciendo «la eficacia cancelatoria de los expedientes de dominio queda sancionada por el texto legal. Aunque algún autor opine que, tratándose, como se trata, de reanudar el tracto sucesivo, reviste cierta falta de tecnicismo hablar de «alcance cancelatorio», pues no se trata de cancelar asientos, sino de recomponer la serie interrumpida, empalmando la realidad registral con la realidad jurídica, aunque para ello haya de saltarse por encima de una o más transmisiones no inscritas, lo cierto es que la inscripción contradictoria constituye un obstáculo para inscribir el expediente, que declara el mismo derecho inscrito a favor de titular diferente, y por ello es necesario cancelarla, aparte de que las inscripciones de dominio se cancelan siempre virtualmente por su transferencia, y por ello es correcto hablar de eficacia cancelatoria de los expedientes que, al ordenar inscribir el dominio a favor del actual titular, implícitamente cancelan el asiento anterior que se le opone y que, por fuerza, ha sido objeto de transferencia». Apuntaba, por último, que esa cancelación se refería a las inscripciones de dominio y nunca a las de gravámenes o derechos reales a las que Roca Sastre parece inclinarse.

¿Dificulta la última inscripción vigente la inscripción actual que se pretende? Efectivamente, no puede inscribirse un documento que no esté relacionado directamente con los pronunciamientos del Registro y, por ello, se arbitra un procedimiento judicial para llenar el «hueco» de transmisiones que faltan hasta el momento actual. Es una reconstrucción de transmisiones y el auto judicial, en el fondo, no es más que el documento que sirve de enlace entre el pronunciamiento registral y la realidad jurídica que refleja el auto. Como me he opuesto a considerar que toda transmisión lleva consigo la cancelación de la inscripción anterior, también ahora defiendo que no hay una razón que justifique esa cancelación. Cancelar un asiento es dar vigencia al anterior. Si cancelo el último asiento hago revivir la titularidad del anterior titular. La inscripción posterior nunca cancela la anterior, sino que se sirve de apoyo en ella incluso para justificar y facilitar el juego de la fe pública que permite la anulación de la inscripción anterior, aunque la misma no puede perjudicar al titular posterior que sea tercero y reúna los requisitos exigidos.

Para tratar de justificar esta idea y apoyarla con argumentos más sólidos que las afirmaciones he intentado buscar opiniones doctrinales que la avalen y aquí se pierde uno. En el comentario que a esta misma Resolución hace Tirso Carretero (Rev. Cr. Dr. Inmb. 1981, número 546, pág. 1293 y ss.), hace unas citas de la doctrina que pueden servir algunas para avalar mi postura y otras para alejarla de la realidad. Buenaventura Camy (Comentarios a la legislación hipotecaria, Pamplona, 1972) entiende que el término cancelación debe reservarse cuando el derecho desaparece, pero no cuando hay cambio de titularidad. En este camino vamos acordes, lo que pasa es que lo decisivo es averiguar si realmente el auto judicial con el que termina el expediente de dominio lo que intenta es reanudar la vida registral o iniciar una nueva. Es decir, la citación, comparecencia o no, el ser o no oídos a los titulares vigentes del dominio inscrito es un requisito que entraña renuncia a su derecho y expresión tácita o expresa de consentimiento en la cancelación del asiento; o se trata simplemente de reconocer que ya no son dueños efectivos por haber existido otras transmisiones posteriores o por haber perdido el dominio por otras causas. Este es el tema.

Lacruz Berdejo («Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral», Zaragoza, 1957) considera que la inscripción que se practica en base de un auto judicial en que culmina el expediente de dominio «no trae causa del último asiento de la fase anterior» y, según su criterio, lo cancela. No hay tracto sucesivo que se reanuda, sino que se reinicia. Por último, Tirso Carretero en el citado comentario entiende que es más que dudoso que sea una verdadera cancelación, lo que procede verificar respecto de la última inscripción de dominio, ya que ello haría renacer la penúltima y con ella el mismo obstáculo y tampoco puede considerarse como una cancelación total de todo el folio registral, que convierta en inmatriculadora a la inscripción de reanudación del tracto.

A la vista de todo ello sigo pensando que aunque no se cancele la inscripción vigente la fuerza decisoria de un auto judicial que arbitra una titularidad actual quita toda la posible eficacia que a los titulares anteriores quiera dárseles por seguir legitimados para disponer, pues para ello habrán de impugnar el auto judicial y el contenido registral, sin que esa nulidad pueda afectar al causahabiente del actual titular inscrito. La sé que está la amenaza de la doble inmatriculación (en un mismo folio?) y esa Sentencia que cita Tirso de 16 de mayo de 1980 que es capaz de privar de la protección del artículo 34 a un tercero subadquirente de quien inscribió su título dominical por expediente de reanudación. La solución hubiera sido en vez de imponer la cancelación del asiento anterior, la de entender que aquel que a través de un expediente de dominio («dadas las garantías de que aparece rodeado el procedimiento debido a su carácter judicial», como dice la Dirección General) logra justificar su titularidad actual sea considerado como tercero.

En resumen: si se estima necesaria la cancelación, es lógica la exigencia del Reglamento Hipotecario. Si esto no es así, sobraría la misma.

Sentencias del Tribunal Constitucional

Las sentencias del Tribunal Constitucional son publicadas en el «Boletín Oficial del Estado», en cumplimiento del artículo 86, p. 2, de su Ley Orgánica, de 3 de octubre de 1979. Hasta el momento han sido recogidas en suplementos a los Boletines de las siguientes fechas: 24 de febrero, 14 de abril, 25 de abril, 21 de mayo, 16 de junio, 7 de julio, 20 de julio, 13 de agosto, 19 y 28 de noviembre y 22 de diciembre de 1981.

Ha comenzado también la publicación de estas sentencias por el Servicio de Estudios del Congreso de los Diputados, mediante el «Boletín de Jurisprudencia Constitucional», del que han aparecido los siete primeros, correspondientes a los meses de mayo a noviembre. Este Boletín incluye además jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre temas constitucionales y resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Finalmente, la Revista Española de Derecho Constitucional, publicada por el Centro de Estudios Constitucionales, surge especialmente destinada al comentario de la jurisprudencia constitucional. Las restantes revistas jurídicas, de carácter sectorial, que abordan el examen de la doctrina del Tribunal Constitucional lo hacen parcialmente, sólo en cuanto afecta a las materias a que se dedican. De este último grupo forma parte este ANUARIO, en el que se dará cabida solamente a las sentencias de aquel Tribunal que incidan sobre materias que forman parte del Derecho civil.

Sentencia de 26 de enero de 1981. Recurso de amparo, núm. 65/80. (Sala 2.ª. «B. O. E.» del 24 de febrero de 1981.)

Antecedentes.—El Juez de Primera Instancia competente, en resolución confirmada por la Audiencia Provincial y adoptada en el procedimiento regulado por los artículos 1881 a 1885 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (medidas previas a la interposición por mujer casada de demanda de separación matrimonial, también reguladas en el artículo 67 del Código civil) reguló la situación de los hijos del matrimonio en la siguiente forma: manteniendo la patria potestad en el padre, permanecerán durante la semana con la madre, y con aquél los fines de semana; los períodos de vacaciones se dividirán en dos partes iguales pasando una de ellas con la madre y la otra con el padre.

Interpuesta demanda de separación, el Tribunal de la Rota dictó sentencia el 20 de febrero de 1979. En ella se modificaba el régimen de custodia y visitas de los hijos, que debían quedar bajo la custodia de la madre, pudiendo visitarlos el padre sólo durante seis horas a la semana.

El Juez de Primera Instancia, en resolución de 4 de mayo de 1979, y la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial, el 24 de diciembre siguiente, ordenaron la ejecución de la sentencia canónica en cuanto a los extremos apuntados.

Contra estas resoluciones judiciales interpone recurso de amparo el marido separado, alegando violación de los principios constitucionales de igualdad y libertad religiosa (arts. 14 y 15 de la Constitución), pues, según afirma, la sentencia canónica fundó su pronunciamiento respecto a los hijos en la catolicidad de su esposa, y el de exclusividad jurisdiccional (art. 117, p. 3).

El Tribunal Constitucional, al amparo del artículo 84 de su Ley Orgánica, de 3 de octubre de 1979, comunicó a las partes la eventual vulneración del artículo 24, p. 1, de la Constitución, que proclama el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. *Recurso de amparo; delimitación de su objeto:* El recurrente pretende junto a la declaración de nulidad de las resoluciones, que según afirma, han violado derechos proclamados constitucionalmente y su reconocimiento, que el Tribunal Constitucional restablezca las medidas provisionales (previas en realidad) que, en atención a la anunciada promoción de un proceso de separación, dispuso el Juez. Este último no es tema constitucional, sino que tiene que ser decidido por el Juez, no por este Tribunal.

2. *Requisitos del recurso; flexibilidad:* Aunque la demanda de amparo incurre en alguna falta de orden y hasta en confusiones, ha de entenderse cumplido lo que exige el artículo 49, p. 1, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, pues aparece fijado lo que se pide y el fundamento de pedir en términos suficientes para permitir el enjuiciamiento de la cuestión, sin que deba caerse en rigorismos formales que no sirvan al fin del proceso constitucional.

3. *Ejecución por el Juez civil de las sentencias canónicas de separación:* Dadas las fechas en que se desarrolló el proceso de separación no es de aplicación, en este caso, el Acuerdo sobre asuntos jurídicos entre la Santa Sede y el Estado español de 3 de enero de 1979 (ratificado por Instrumento de 4 de diciembre), sino los artículos 80 a 82 y 73 del Código civil, redactados según lo concordado en 1953, aunque deberán ser interpretados desde la afirmación de los principios constitucionales.

4. *Efectos civiles de la separación. Competencia del Juez civil:* Una interpretación coherente con los principios constitucionales de aconfesionalidad y exclusividad jurisdiccional postula que, en cuanto atañe a los efectos civiles, es el Juez quien dirige las contiendas, partiendo, respecto de los procesos de separación seguidos ante las Autoridades Eclesiásticas, del presupuesto de la sentencia canónica, como creadora de una situación que genera efectos en el régimen de la patria potestad y cuidado de los hijos, que regula la Ley civil y define el Juez.

5. *Omisión de la tutela jurisdiccional; violación del derecho a la justicia:*

El Juez y la Audiencia Territorial, al actuar como meros ejecutores de la sentencia canónica no han ejercido la potestad jurisdiccional, dando lugar a la violación de un derecho constitucionalizado, el derecho a la justicia o la tutela jurisdiccional (art. 24, p. 1). No se trata de que la jurisdicción eclesiástica haya invadido ámbitos jurisdiccionales estatales, sino que, debiendo el Juez decidir con plena jurisdicción en el orden civil, no lo ha hecho, por entenderse vinculado a lo establecido por el Tribunal eclesiástico.

Fallo: Se otorga el amparo, declarando nulas las resoluciones judiciales impugnadas y reconociendo el derecho de los cónyuges separados a obtener un pronunciamiento de la jurisdicción estatal sobre el cuidado y régimen de vista de los hijos. Las actuaciones procesales civiles se retrotraen al momento inmediato anterior a la resolución del Juez de Primera Instancia declarada nula.

Fue ponente de esta sentencia don Jerónimo Arozamena Sierra.

Comentario: El tema principal de la sentencia consistía en determinar qué situación ocupaba el Juez civil executor de las sentencias de separación dictadas por la jurisdicción eclesiástica, con arreglo al artículo 82 del Código civil (redactado por la Ley de 24 de abril de 1958). El Tribunal Constitucional se separa, para resolverlo, del acertado criterio que, con anterioridad, había formulado el Tribunal Supremo y cita, además, tres resoluciones de éste sobre la materia.

Son expresivos los términos de la sentencia de 3 de junio de 1966 al señalar que «los Tribunales civiles no se limitan a ejecutar, en sentido estricto, las resoluciones emanadas de la jurisdicción canónica, sino que determinan y regulan la consecuencias meramente civiles de la separación, resolviendo con jurisdicción propia los distintos problemas que cada situación matrimonial plantee en particular, para lo que habrá de utilizar las normas específicas contenidas en la legislación civil y, sobre todo, con autonomía de criterio y de procedimiento, con respecto de la resolución anterior» (1).

Desde el Acuerdo con la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, de 3 de enero de 1979 (ratificado por Instrumento de 4 de diciembre) sólo surtirán efectos en el orden civil las resoluciones de la jurisdicción eclesiástica sobre nulidad y las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado; por consiguiente no surtirán tales efectos las resoluciones de separación matrimonial (art. VI, 2). La reforma del Código civil operada por la Ley de 7 de julio de 1981 ha incorporado el sistema establecido en dicho Acuerdo (2).

(1) No obstante, sobre el sentido de esta jurisprudencia y el alcance de la postura adoptada por el Tribunal Constitucional, véase el exhaustivo comentario de R. Bercovitz en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, págs. 123 a 168.

El Tribunal Constitucional cita también el Auto de 4 de octubre de 1971, que transcribe los criterios de la sentencia de 1966, y la sentencia de 26 de enero de 1974. Esta última, relativa a la posibilidad de modificar el régimen de visitas a los hijos establecido con anterioridad, no contiene ningún pronunciamiento expreso sobre el tema que aquí interesa, aunque admite la competencia del Juez civil para regular dicho régimen. La importancia de la doctrina jurisprudencial (Auto de 1971) había sido ya destacada por J. L. Lacruz y F. de Sancho en «Derecho de familia», I, Barcelona, 1978, 3.ª edición, pág. 76.

(2) Es significativo el párrafo inicial del nuevo artículo 81: «Se decretará

También revisten interés las declaraciones de la sentencia sobre el recurso de amparo, su ámbito y formalidades. Especialmente merece ser destacada la flexibilidad con que, desde esta primera entencia, se revisten los requisitos formales, dando preponderancia a la finalidad perseguida por el recurso de amparo sobre el automatismo en su exigencia; postura que contrasta con la adoptada tradicionalmente por el Tribunal Supremo en los recursos de casación.

Sentencia de 31 de marzo de 1981. Recurso de amparo, núm. 107/80. (Sala 1.ª. «B. O. E.» del 14 de abril de 1981.)

Antecedentes: En 1973 la Comisaría de Aguas del Duero acordó sobreseer el expediente sancionador que incoó a una sociedad minera en virtud de la denuncia formulada por un particular. La resolución fue recurrida por el denunciante, primero en alzada y luego en vía contencioso-administrativa, anulándose por ésta el sobreseimiento en cuestión.

La sociedad denunciada interpone recurso de amparo contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Valladolid, de 18 de junio de 1975, confirmada por el Tribunal Supremo en 14 de junio de 1976, que es desestimado por el Tribunal Constitucional. Este Tribunal funda su fallo en la inexistencia de violación, en las sentencias recurridas, del derecho fundamental recogido en el artículo 24, p. 1, de la Constitución, al haberse realizado el emplazamiento de la sociedad recurrente, tal como dispone el artículo 64 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Interesa especialmente de esta resolución la doctrina que expone sobre la aplicación de la Constitución a situaciones creadas con anterioridad a su promulgación.

Fue ponente el Magistrado don Rafael Gómez-Ferrer Morant.

DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. *Postulación procesal. Eficacia del poder general para pleitos:* No puede afirmarse tajantemente que el poder general para pleitos, aun otorgando con anterioridad a la promulgación de la Constitución, sea insuficiente para comparecer ante este Tribunal.

2. *Naturaleza de la Constitución como norma jurídica:* La Constitución es una norma cualitativamente distinta de la demás, por cuanto incorporará el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el Ordenamiento Jurídico. Esta naturaleza singular se traduce en una incidencia muy intensa sobre las normas anteriores, que han de ser valoradas desde la Constitución.

3. *Eficacia jurídica de la Constitución:* Su carácter de Ley posterior da lugar a la derogación de las leyes y disposiciones anteriores opuestas a la misma. Su naturaleza de Ley superior se refleja en la necesidad de interpre-

judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio...». Véanse también el artículo 80 y las disposiciones adicionales primera, segunda y tercera de la Ley de Reforma.

tar todo el ordenamiento de conformidad con ella y en la inconstitucionalidad sobrevinida de las normas anteriores que le sean incompatibles.

4. *Aplicación retroactiva de la Constitución:* La Constitución establece y fundamenta un orden de convivencia política general, singularmente en materias de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que en esta materia ha de tener efecto retroactivo, en el sentido de poder afectar a actos posteriores a su vigencia que deriven de situaciones creadas con anterioridad y al amparo de Leyes válidas en aquel momento.

Sentencia de 6 de abril de 1981. Recurso de amparo, núm. 47/80. (Sala 1.ª. «B. O. E.» del 14 de abril de 1981.)

Antecedentes: El recurrente, funcionario del Cuerpo Superior de Policía, fue jubilado por imposibilidad física en 1958 y reincorporado al servicio activo en 1968, por haber cesado la causa que motivó la jubilación. Tanto en vía administrativa como en la contencioso-administrativa el interesado solicitó la anulación del expediente de jubilación, lo que le fue denegado. A su situación era aplicable el artículo 28, p. 2, de la Ley de Derechos Pasivos, de 21 de abril de 1966, en cuya virtud el jubilado por esta causa, cuando sea revisada su jubilación, no puede mejorar de clasificación por servicios prestados o haberes percibidos con posterioridad a la fecha de su primera jubilación.

Interpuesto recurso de amparo el Tribunal Constitucional lo otorga por considerar que el indicado precepto infringe el principio de igualdad de trato consagrado en el artículo 14 de la Constitución. Para llegar a esta conclusión la sentencia aborda dos temas de carácter general sobre la eficacia de la ley fundamental, formulando la doctrina que se reseña a continuación.

DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. *Eficacia derogatoria de la Constitución:* Al lesionar, el precepto indicado, el principio de igualdad ante la Ley, sancionado por la Constitución, debe considerarse derogado en virtud de lo establecido en su disposición derogatoria, punto 3.

2. *Aplicación retroactiva de la Constitución:* Toda Ley preconstitucional que se oponga a la Constitución debe entenderse no solamente derogada, sino también inconstitucional y, en consecuencia, tal invalidez sobrevinida puede producir efectos en situaciones que, aun surgidas con anterioridad a la norma fundamental, produzcan efectos con posterioridad a su entrada en vigor.

Comentario: La dos sentencias últimamente reseñada tienen en común el punto de partida para la resolución de los recursos interpuestos: La consideración de la Constitución como norma jurídica y su especial eficacia. Planteado el tema de la eficacia jurídica de la norma fundamental se examinan dos aspectos del mismo, el alcance derogatorio y la aplicación retroactiva de sus preceptos.

Lo efectos de la Constitución sobre las normas anteriores a ella, es decir, el alcance de la derogación señalada por su disposición derogatoria, apartado 3, se encuentran directamente conectados con el tema de las competencias del Tribunal Constitucional y de los órganos de la jurisdicción ordinaria para controlar la constitucionalidad de las normas, así como con la posibilidad de recibir en nuestro Derecho la figura de la inconstitucionalidad sobrevinida. Las cuestiones suscitadas al respecto han sido abordadas por el Tribunal Constitucional al resolver procesos de inconstitucionalidad (3) y con mayor profundidad que en las sentencias reseñadas; por ello parece oportuno remitir su examen al comentario que se haga de la doctrina recaída en aquéllos.

En relación con el otro aspecto, las sentencias reseñadas afirman la retroactividad de la Constitución, en cuanto afecta a los derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de recurso de amparo, pues éste es el cauce procesal en que son dictadas. La retroactividad, no ordenada expresamente en el texto, está implícita en la naturaleza y finalidad de la norma fundamental, especialmente cuando proclama los derechos fundamentales, dotados de medios de garantía reforzados (art. 53, singularmente los susceptibles de amparo, con arreglo a su apartado 2).

Esta aplicación retroactiva no supone subvertir ninguno de los principios tradicionales relativos a los límites temporales de la eficacia de las normas y al derecho transitorio; es más, ratifica los criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre la retroactividad (4).

La Constitución española de 1978 establece y regula un régimen político informado por principios distintos a los vigentes con anterioridad; en este sentido es clara la intención de reaccionar frente a la situación anterior y fundar el ordenamiento jurídico en principios sustancialmente distintos. Estas afirmaciones convienen especialmente en relación con los derechos fundamentales y libertades públicas, cuya tutela aparece como una tarea indeclinable de los poderes públicos.

De esta forma la propia Ley fundamental impone la aplicación retroactiva de sus preceptos, especialmente cuando proclamen derechos humanos

(3) Sentencias de 2 de febrero de 1981, sobre diversos preceptos relativos al régimen local; 8 de abril de 1981 sobre el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo regulador del derecho de huelga; y 29 de abril de 1981, también relativa al régimen local.

(4) Como señaló hace tiempo F. de Castro, en «Derecho Civil en España», parte general, I, Madrid, 1955, págs. 726 y sig., la retroactividad de una ley no precisa ser declarada mediante una cláusula especial, pues puede deducirse de su contexto. Se entiende que la ley impone el efecto retroactivo cuando así lo requiere su sentido, carácter y fin. Como supuestos típicos de retroactividad tácita señala, entre otros, el de las disposiciones que condenen, como incompatibles a sus fines morales y sociales, las situaciones anteriormente constituidas y de aquéllas que tengan por objeto establecer un régimen general y uniforme. Cada una de estas afirmaciones se funda con la cita de abundante doctrina jurisprudencial.

La exposición de Castro ha sido admitida y repetida por la generalidad de la doctrina, por ejemplo: L. Díez-Picazo y A. Gullón, «Sistema de Derecho Civil», I, Madrid, 1976, pág. 135; J. L. Lacruz, «Elementos de Derecho Civil», I, Barcelona, 1974, pág. 68; J. L. de los Mozos, «Derecho civil español», I, 1, Salamanca, 1977, pág. 721.

susceptibles de amparo, bastando su contexto para salvar la regla contraria del artículo 2, p. 3, del Código civil.

En la determinación del grado de retroactividad el Tribunal Constitucional no llega a formular un criterio unívoco; se refiere a los actos o efectos posteriores a la Constitución, aunque derivados de situaciones creadas con anterioridad, sin precisar, pues, en qué sentido deben considerarse tales efectos, en su nacimiento o en su ejecución. Del examen de los casos resueltos por las sentencias reseñadas parece desprenderse, sin embargo, que la retroactividad es de grado medio, es decir, que la Constitución regirá los efectos nacidos con anterioridad a ella, pero sólo cuando hayan de ejecutarse después de su promulgación. El criterio, intermedio, parece ser adecuado, de equilibrio entre la vocación innovadora de la nueva norma y la seguridad jurídica que, por cierto, es también un principio constitucional (5).

El problema básico planteado en la sentencia de 6 de abril de 1981, la posible inconstitucionalidad del artículo 28, p. 2, de la Ley de Derechos Pasivos, de 21 de abril de 1966, por infringir el principio de igualdad proclamado por la Constitución (art. 14), ha sido objeto de un nuevo pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la sentencia de 10 de noviembre de 1981, dictada por el Pleno del mismo (Cuestión de constitucionalidad número 48/81, «B. O. E.» del 19 de noviembre). El proceso de inconstitucionalidad se inició a raíz de la sentencia de amparo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 55, p. 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y concluye con la declaración de inconstitucionalidad del precepto cuestionado, añadiéndose la proscripción de una interpretación que incluya la jubilación por incapacidad permanente en el apartado 1 del mismo artículo 28 de la Ley de Derechos Pasivos.

Sin entrar en el examen de los problemas de fondo, objeto de esta sentencia, a los que se refieren, por cierto, los votos particulares de los magistrados don Luis Díez-Picazo y don Francisco Rubio Llorente, merece destacarse el peculiar régimen procesal que ha dado lugar a ella. El artículo 55 p. 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional regula una forma especial de promoción del proceso de inconstitucionalidad distinta de las ordinarias previstas en el artículo 29: el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad (6). Para la iniciación del proceso basta, en este caso,

(5) Como expresa su artículo 9 p. 3: «La Constitución garantiza... la seguridad jurídica...». Véase J. González Pérez, «Los principios generales de Derecho y la Constitución», en *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*, vol. II, Madrid, 1979, págs. 1163 y sig.

(6) El artículo 55 p. 2, citado, dispone: «En el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la Ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley en nueva sentencia con los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes. La cuestión se sustanciará por el procedimiento establecido en los artículos 37 y concordantes» (el subrayado es mío). La aplicación de los efectos especiales de las sentencias recaídas en cuestiones de inconstitucionalidad, establecidos en el artículo 38 p. 3 de la Ley, resulta difícil en estos casos, dado que el proceso en el cual se suscitó la cuestión (el recurso de amparo) se encuentra ya concluido. Este es otro de los aspectos singulares de la forma de promoción a que nos referimos.

la elevación de la cuestión, advertida por la Sala del Tribunal en un proceso de amparo, al Pleno del mismo Tribunal. Hasta aquí el procedimiento no difiere esencialmente de la cuestión de inconstitucionalidad planteable por cualquier Juez o Tribunal, razón por la cual el proceso subsiguiente se sustancia también por los trámites establecidos en el artículo 37 de la Ley Orgánica.

Sin embargo, los efectos que produce el planteamiento de la cuestión son distintos, al no encontrarse prevista la suspensión de la resolución del proceso de amparo, pues no es aplicable el artículo 35 de la misma Ley Orgánica. De este modo, aunque se haya suscitado la duda sobre la inconstitucionalidad de una Ley en que se funde el acto concreto que motive el recurso de amparo, la Sala del Tribunal Constitucional deberá resolver éste, sin perjuicio de que el Pleno dicte posteriormente sentencia sobre tal inconstitucionalidad. La omisión de un precepto que imponga la suspensión del proceso de amparo en tanto no sea decidida por el Pleno la cuestión suscitada, no parece acertada. En primer lugar no cabe duda de que el Pleno encuentra, en cierta forma, prejuzgada la inconstitucionalidad si una Sala del mismo Tribunal ha dictado anteriormente una sentencia de amparo fundada en la misma. Con ello se asigna a los recursos de amparo y a las Salas del Tribunal Constitucional unos cometidos que no les corresponden. Si, por el contrario, la sentencia del Pleno fuese contraria a los argumentos utilizados por la sentencia de amparo, se originaría una situación claramente injusta y creada por el propio Tribunal Constitucional (7).

Sentencia de 22 de abril de 1981. Recurso de amparo núm. 202/1980. (Sala 1.ª; «B.O.E.» de 21 de marzo de 1981.)

Antecedentes: El recurrente había promovido en 1978 el oportuno expediente de jurisdicción voluntaria para que fuera fijado judicialmente el régimen de visitas, comunicación y estancias de su hijo menor. El Juzgado de Primera Instancia hizo constatar en su Auto resolutorio que el recurrente se encontraba cumpliendo pena por parricidio, que los abuelos maternos habían solicitado que se les confiase su nieto menor y que, al promover el expediente, se había pedido la exclusión del trámite de audiencia al padre del menor. En la resolución se estableció por el Juez el régimen de visitas a favor de los abuelos maternos, siendo confirmado por la Audiencia Provincial y por el Tribunal Supremo, tras los recursos de apelación y casación interpuestos contra la sentencia dictada, al formularse la oposición, por el Juez de Primera Instancia.

El recurso de amparo, que se deniega por el Tribunal Constitucional, se fundaba en la pretendida violación del derecho a la defensa jurídica proclamado por el artículo 24 p. 1 de la Constitución.

Fue ponente el Magistrado don Manuel Díez de Velasco.

(7) La falta de efecto suspensivo de la tramitación del amparo y la posibilidad de decisiones contradictorias han sido advertidas por J. Almagro Nosete, «Justicia constitucional», Madrid, 1980, pág. 263, y J. Arozamena Sierra, «El recurso de inconstitucionalidad», en El Tribunal Constitucional, Madrid, 1981, vol. I, pág. 148.

DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. *Derecho a la defensa jurídica: artículo 24 de la Constitución:* Este artículo supone no sólo que todas las personas tienen derecho al acceso a los Tribunales para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sino también que tienen derecho a obtener una tutela efectiva, sin que pueda producirse indefensión. La tutela efectiva supone que los recurrentes sean oídos y tengan derecho a una decisión fundada, así como a que la igualdad entre las partes, propia de todo proceso, sea asegurada, debiendo éste desarrollarse con las debidas garantías.

2. *Examen concreto de los expedientes de jurisdicción voluntaria:* Las peculiaridades propias de la jurisdicción voluntaria (ausencia de partes, posibilidad de hacer alegaciones y de oposición, no producción de efectos de cosa juzgada) y del expediente que se contempla, sometido a las normas generales de los artículos 1.811 a 1.823 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, permiten concretar que, aunque faltó la intervención inicial del recurrente en el expediente, tuvo y utilizó la posibilidad de hacer alegaciones sin limitación, es decir, pudo ejercer sin obstáculos el derecho a la defensa.

Comentario: A pesar de que la entrada en funcionamiento del Tribunal Constitucional es muy reciente (8), puede ya afirmarse que, de los derechos susceptibles de amparo ante este Tribunal, el derecho de defensa y, por tanto, el artículo 24 de la Constitución que lo regula, es el de más frecuente alegación, así como de examen por dicho órgano. La sentencia reseñada anteriormente concreta el alcance de este derecho en relación con un expediente de jurisdicción voluntaria, regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil; otras sentencias posteriores permiten ya determinar con bastante precisión el contenido del derecho, siendo interesante destacar que el Tribunal Constitucional le reconoce en ellas una operatividad superior a la prevista por algunas elaboraciones doctrinales (9). En este proceder se manifiesta claramente la influencia de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos

(8) La primera sentencia dictada por el Tribunal es de 26 de enero de 1981, recaída en el recurso de amparo núm. 65/80, interpuesto el 22 de julio de 1980.

(9) El artículo 24 de la Constitución establece, en su apartado 1: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión». El apartado 2 determina una serie de garantías procesales especialmente aplicables en materia penal (Juez ordinario, asistencia de letrado, proceso público sin dilaciones...).

Superando el sentido estricto de los términos empleados, que limitarían la aplicación del derecho al ámbito judicial, la sentencia de 8 de junio de 1981 («B.O.E.» del día 16) lo ha extendido a la actividad sancionadora de la Administración, como única forma de «preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica». Esta ampliación del ámbito de eficacia del derecho de defensa había sido apuntada por O. Alzaga en «La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)», Madrid, 1978, pág. 238; por el contrario, no era prevista por J. M. Serrano Alberca, en «Comentarios a la Constitución», dirigidos por F. Garrido Falla, Madrid, 1980, págs. 300 y sig., que ciñe su examen del artículo 24 al aspecto jurisdiccional.

Humanos, citadas, incluso, por el Tribunal Constitucional, ante el cual también es muy frecuente la alegación del derecho de defensa (10), proclamado en el artículo 6 de la Convención Europea.

La sentencia de 22 de abril de 1981 («B.O.E.» del 7 de julio) funda su denegación del amparo solicitado en que el derecho de todos a la jurisdicción no puede interpretarse como un derecho incondicional a la prestación jurisdiccional, sino como un derecho a obtenerla siempre que se ejerza por las vías procesales legalmente establecidas. Criterio éste cuya rígida aplicación parece absolutamente necesaria para no desbordar los límites del recurso de amparo y romper la coherencia del ordenamiento procesal (11).

Es más completa la doctrina contenida en la sentencia de 14 de julio de 1981 («B.O.E.» del 20), que otorga el amparo solicitado por el recurrente. La cuestión planteada era determinar si el retraso, superior a un año, en ejercerse por la Sala de la Audiencia Territorial competente, las medidas legales para obtener de la Administración la remisión del expediente reclamado, supuso una lesión del Derecho constitucional a obtener una tutela jurisdiccional efectiva.

El Tribunal Constitucional hace hincapié en la nota de efectividad predicada de la tutela por la norma fundamental (art. 24 p. 1), que no puede entenderse desligada del tiempo en que deba prestarse, sino que ha de otorgarse «dentro de los razonables términos temporales». Esta idea, expresada en el art. 24 p. 2 de la Constitución («un proceso público sin dilaciones indebidas») y dirigida, en principio, a regir en los procesos penales, no impide considerar como un posible ataque a la tutela efectiva judicial «las dilaciones injustificadas que puedan acontecer en cualquier proceso».

Tanto el concepto «plazo razonable» como el de «dilaciones injustificadas», procedentes de la Convención Europea de Derechos Humanos y de las decisiones, antes citadas, del Tribunal Europeo, han de recibir su contenido en cada caso concreto, teniendo en cuenta «la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente y la forma en que el asunto haya sido llevado por las autoridades administrativas y judiciales» (decisión del caso König, de 23 de abril de 1977, citada literalmente por el Tribunal Constitucional) (12).

(10) La sentencia de 14 de julio de 1981, reseñada más adelante en el texto, se refiere al artículo 6 p. 1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y a su interpretación por el Tribunal Europeo en sus resoluciones sobre los casos Neumeister, Ringelsen y König. Los criterios plasmados en tales resoluciones son aplicados por el Tribunal Constitucional en relación con el artículo 24 p. 1 de la Constitución. Puede verse una reseña de las decisiones decaídas en los dos primeros casos citados (de 27 de junio de 1968 y 16 de julio de 1971, respectivamente) en el Apéndice a la obra «El sistema europeo de protección de los Derechos Humanos», dirigida por E. García de Enterría, Madrid, 1979, en el que se incluye también el texto de la Convención de 4 de noviembre de 1950 y sus Protocolos adicionales.

(11) En este caso el recurrente, que había litigado ante la jurisdicción laboral y ante la contencioso-administrativa, debía haber planteado conflicto negativo con arreglo a la Ley de 17 de julio de 1948 si estimaba que tanto dichas jurisdicciones como la Administración habían denegado su competencia para conocer de las pretensiones que ejercitaba.

(12) El artículo 10 p. 2 de la Constitución no sólo legitima, sino que im-

La doctrina de estas sentencias, aunque hayan recaído en asuntos calificados de administrativos, contribuye a delimitar del derecho de defensa jurídica y es, evidentemente, aplicable a los asuntos civiles sin ninguna especialidad.

Sentencia de 23 de julio de 1981. Recurso de amparo núm. 48/1981. (Sala 1.ª; «B.O.E.» de 13 de agosto de 1981.)

Antecedentes: Seguido juicio de desahucio contra el recurrente, éste solicitó, dentro del plazo concedido para contestar a la demanda, la suspensión del curso de los autos y la designación de Abogado y Procurador de oficio, por carecer de bienes de fortuna para defenderse. Denegada la solicitud de suspensión, el demandado nombró letrado para su defensa, celebrándose juicio oral en que se practicaron las pruebas propuestas por ambas partes. El Juez de Distrito, en sentencia confirmada por la Audiencia Provincial, estimó la demanda de desahucio.

Como indica el Tribunal Constitucional, el recurso de amparo, que se funda en la presunta violación del derecho a la defensa jurisdiccional, proclamado por el artículo 24 p. 1 de la Constitución, tiene como cuestión de fondo el determinar si la denegación de la suspensión del plazo para contestar a la demanda y el consiguiente decaimiento del derecho a evacuar el trámite, infringe dicho derecho fundamental. El Tribunal concluye desestimando el amparo solicitado.

DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En la sentencia realiza un examen detenido de la situación procesal del demandado, que no ha sido privado de la posibilidad de defenderse:

— la posibilidad de oposición en el acto del juicio oral no situó al demandado en una posición de desigualdad con relevancia para producir su indefensión ni impidió la contradicción y, además,

— la existencia de una segunda instancia ha supuesto un desarrollo complementario de las posibilidades de defensa.

Comentario: El interés de esta sentencia (ponente el Magistrado don Rafael Gómez-Ferrer) radica no tanto en la doctrina formulada por el Tribunal, pues se limita a reiterar el contenido del derecho de defensa (art. 24 de la Constitución), constatando que el recurrente no fue privado del mismo, como en la interpretación que realiza «obiter dicta» del artículo 66 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, que contiene las normas procesales para la Justicia Municipal.

ponê acudir a fuentes internacionales para determinar el contenido de los derechos humanos. En el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, de 19 de diciembre de 1966 (ratificado por España mediante Instrumento de 13 de abril de 1977) se establecen también una serie de garantías procesales (art. 14 p. 1 con referencia concreta a los derechos civiles).

El Tribunal Constitucional, después de afirmar «que en el caso objeto del recurso no se ha producido indefensión» y, por tanto, excediendo el ámbito estricto del recurso de amparo (13), manifiesta su criterio sobre la interpretación que merece el precepto indicado. Aunque la sentencia, en cuanto se refiere a este criterio, anunciando a modo de advertencia, carezca propiamente de efectos jurídicos (14), no deja de ser indicativa de la incidencia de la Constitución sobre las normas jurídicas anteriores a su vigencia. Partiendo del principio, ya expuesto por el Tribunal, de interpretación de las leyes de conformidad con la Constitución, se predica la necesidad de una interpretación sistemática del artículo 66 del Decreto de 1952, cuyo párrafo segundo veda expresamente la suspensión del curso de los autos porque el demandado solicite la defensa por pobre. Relacionando el precepto con el artículo 27 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone la defensa «desde luego como pobre» al que lo solicite, y con el 24 p. 1 de la Constitución se obtiene la conclusión de que el plazo para contestar a la demanda ha de suspenderse, aunque sólo hasta que se produzca la designación de Abogado y Procurador, sin perjuicio de que la pobreza sea objeto de pieza separada.

A pesar de que el proceder del Tribunal Constitucional sea formalmente criticable, al utilizar el proceso de amparo como medio para hacer públicos criterios que no inciden en su resolución, debe esperarse que, dada su total corrección material, no precise ser aplicado en un nuevo recurso de amparo por violación del derecho fundamental de defensa.

PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH,
Abogado del Estado

(13) El recurso de amparo tiene un objeto perfectamente delimitado: restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de las cuales se formuló el recurso (art. 41 de la L.O.T.C.). Véanse las observaciones al respecto de J. González Pérez, «Derecho Procesal Constitucional», Madrid, 1980, pág. 310, y J. Almagro Nosete, «Justicia Constitucional», Madrid, 1980, págs. 189 y sig. El tema se aborda repetidamente en la obra colectiva «El Tribunal Constitucional», tres volúmenes, Madrid, 1981, publicada por el Instituto de Estudios Fiscales.

(14) No constituye jurisprudencia, ni debe surtir los efectos que la Ley Orgánica asigna a la doctrina del Tribunal (art. 13); por supuesto que carece de toda eficacia vinculante. Véase mi trabajo «El Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia», en este ANUARIO, 1981, tomo XXXIV-II, pág. 245, especialmente.

Sentencias del Tribunal Supremo

I SENTENCIAS COMENTADAS

EL PACTO DE ACTUALIZACION DE LA RENTA DE UN LOCAL DE NEGOCIO: SU AUMENTO NO ACUMULATIVO

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 enero 1981)

SUMARIO: 1. La cláusula pactada y la diversa interpretación de los Tribunales.—2. La sola revisión de la cuantía inicial de la renta y no de la obtenida por acumulación anterior.—3. La revisión de la renta y las modalidades de cláusulas de estabilización o actualización.—4. Las disposiciones legales especiales sobre la restricción de la renta pactada.

1. *Las cláusula pactada y la diversa interpretación de los Tribunales*

El día 20 de mayo de 1970, las partes contratantes convienen el arriendo de un local de negocio, en cuyo contrato la cláusula tercera manifiesta textualmente que: “la cantidad mensual de cuarenta y siete mil pesetas fijada como renta, será objeto de revisión cada dos años, a partir de la fecha de este contrato. Transcurrido este plazo, la variación del índice de vida que publique la Cámara Oficial de Comercio de Bilbao señalará el tanto por ciento de variación en la nueva renta por los dos años siguientes”.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia, como la Audiencia Territorial estiman la postura del arrendador que considera que el aumento de la renta ha de ser acumulativo, es decir, que sobre la base de la renta pactada se añadirán los porcentajes de subida que el índice de vida comporta cada dos años.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en esta Sentencia de 30 de enero de 1981, decide y expresa que “es de una claridad meridiana y, según la cual, la única cantidad a revisar cada dos años es la de 47.000 pesetas o renta contractual fijada libremente por las partes en la fecha del contrato, por lo que la tesis del Juzgado, ratificada por la Audiencia, va más allá de lo pactado, al estimar que el aumento de la renta ha de ser acumulativo”; y añade, que “el designio de las partes, al convenir la referida cláusula estabilizadora, fue el que la única cantidad que había de ser objeto de revisión cada dos años era la de 47.000 pesetas,

es decir, la correspondiente al importe de la renta mensual contractualmente pactada, sin que dicha revisión, operante tanto si las variaciones habidas en este lapso de tiempo lo eran en sentido positivo o negativo, pudiera realizarse acumulativamente, es decir, aplicando el porcentaje de variación del índice ponderado del coste de la vida sobre la cantidad resultante a adicionar a la referida renta contractual de 47.000 pesetas, las cantidades provenientes de anteriores revisiones, como la Sentencia dictaba por la Sala de Instancia, que es objeto de impugnación, pues ésta, en la operación matemática que realiza para llegar a la conclusión de ascender la renta revisada en 1976 a 93.331 pesetas —cantidad que, según dicha resolución, viene obligada a satisfacer a la entidad arrendataria demandada, hoy recurrente—, incurre en el error de tener en cuenta para ello el aumento del índice ponderado del coste de la vida producido a partir de mayo de 1970, en que se convino el arrendamiento, y que era de 108,9 hasta igual mes de 1976, cifrado en 223,2, sin tener en cuenta que en las revisiones efectuadas en 1972 y 1974 ya se hizo aplicación de las variaciones habidas en el transcurso de esos dos plazos revisorios y que fueron, respectivamente, de 128,9 y 160,6, por lo que al aceptar la tesis del arrendador se resuelve como si a partir de la fecha del contrato y hasta mayo de 1976, no se hubiese efectuado revisión alguna y que la que ahora postula es la primera, cuando lo cierto es que, cumpliendo lo estipulado, se efectuaron sendas revisiones en 1972 y 1974, que originaron los consiguientes aumentos de la renta, acorde con las variaciones del coste de la vida que en cada uno de esos períodos bianuales tuvieron lugar”.

Por esto, la Sentencia concluye que, conforme al contrato, “las obligaciones dimanantes del mismo han de cumplirse a su tenor, y la cláusula controvertida, de manera clara y expresa, establece que la revisión de la renta sólo ha de hacerse sobre las 47.000 pesetas, que es la renta contractual, única susceptible de revisión, razonamientos estos que obligan a acoger el motivo”.

El interés que presenta esta Sentencia del Tribunal Supremo en cuanto a un contrato de arrendamiento de local de negocio está en la interpretación de la cláusula que pactan las partes respecto a la revisión de la renta en función del valor que refleja un “índice de vida”. Según se vio, mientras que para el arrendador, el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Territorial el pacto comporta que la renta inicial de 47.000 pesetas más los porcentajes de subida, cada dos años, serán los que acumulativamente compongan la renta, el arrendatario y esta Sentencia del Tribunal Supremo entienden que esta cláusula controvertida es de una “claridad meridiana” en cuanto a que “de manera clara y expresa” establece que la revisión de la renta “sólo” ha de hacerse sobre las 47.000 pesetas, que es la renta contractual “única” susceptible de revisión.

No obstante, ni la cláusula pactada expresó textualmente que la revisión fuese “sólo” de las 47.000 pesetas, ni que aquella cantidad fuese la “única” susceptible de revisión. La rotundidez con que se expresa la Sentencia en cuanto a la expresión literal hecha por las partes contratan-

tes sobre la revisión de la cantidad mensual de 47.000 pesetas, "fijada como renta", al igual que en todo contrato, resulta, por el contrario, dubitativa si se lee y comprende no sólo este primer párrafo del pacto o cláusula contractual, sino también el segundo. En principio, la lectura del primer párrafo puede inducir a una interpretación literalizada de lo allí expresado exclusivamente; pero, si se completa la voluntad de las partes expresada en el segundo párrafo, que considera la "nueva renta" que se forma a los dos años por la revisión, ya no se trata exclusivamente de mantener y actualizar la renta inicial; al menos, una interpretación restrictiva en tal sentido requiere su expresión estricta. Además, si la revisión debía ser hecha única y solamente sobre la cuantía inicial, tal modalidad no supone una "cláusula estabilizadora" o de "actualización de la renta", como, por lo demás, mantiene la propia Sentencia. Si se trata de una cláusula de estabilización tiene una operatividad distinta ante las alteraciones monetarias y la inflación que la de una mera cláusula de revisión.

Por otra parte, esta interpretación estricta, que la Sentencia hace del pacto como únicamente revisorio de la cuantía inicial de la renta conforme a los porcentajes del "índice de vida" de la Cámara Oficial de Comercio de Bilbao, incurre en un parecido error al que acusa al arrendador respecto a la operación matemática que realiza en cuanto al cálculo de la renta, ya que no toma en cuenta para nada las disposiciones legales especiales restrictivas que fueron dictadas imperativamente en el bienio 1974-1976 respecto a los contratos de arrendamiento urbano que debían de elevar la renta "por pacto expreso de las partes" y que, en el caso de autos, se omitieron completamente.

Ante estas consideraciones interpretativas y de inaplicación de la normativa legal correspondiente, creo que se hace necesario examinar más atentamente estas cuestiones fundamentales, así como su alcance en cuanto a la justicia del caso.

2. *La sola revisión de la cuantía inicial de la renta y no de la obtenida por acumulación anterior.*

Si bien para esta Sentencia "el designio de las partes, al convenir la referida cláusula estabilizadora, fue el que la única cantidad que había de ser objeto de revisión cada dos años era la de 47.000 pesetas..., sin que dicha revisión, operante tanto si las variaciones hubidas en ese lapso de tiempo lo eran en sentido positivo o negativo, pudiera realizarse acumulativamente, es decir, aplicando el porcentaje de variación del índice ponderado del coste de la vida sobre la cantidad resultante de adicionar a la referida renta contractual de 47.000 pesetas, las cantidades provenientes de anteriores revisiones", no parece tan claro y concluyente como se pretende.

En primer lugar, no puede resultar de una "claridad meridiana" la simple expresión que hacen las partes en cuanto a que "la cantidad mensual de cuarenta y siete mil pesetas fijada como renta, será objeto de revisión cada dos años", como si se tratase de esa y nada más que

esa, única y exclusivamente la cantidad a revisar; en tal caso, habría que declararlo así expresamente, ya que en todo supuesto contractual la revisión de la renta se hace siempre sobre la cantidad mensual pactada inicialmente por las partes.

Una interpretación literal restrictiva de este primer párrafo de la cláusula conduce a que sea esa cantidad concreta pactada como renta la que sea objeto de revisión cada dos años; pero, si se interpreta el párrafo siguiente del pacto, que considera la "nueva renta", ya no se puede seguir una postura restrictiva, sino una interpretación finalista de lo que en realidad querían conseguir las partes con su cláusula actualizadora de la renta. Al considerar las partes la obtención de una nueva renta actualizada, la inicial deja paso a la ya conseguida, por lo que para que sea la excepción y permanezca la originaria, habrá que decirlo muy concretamente con la adjetivación correspondiente de modo "único" o "exclusivo".

De lo que no hay duda es que esta "nueva renta" es la que resulta como tal para los dos primeros años siguientes. ¿Qué sucede para los otros dos? Según el criterio de la Sentencia, lo que se volverá a revisar es la renta inicial de 47.000 pesetas, pero no sobre la "nueva renta"; es decir, que para la Sentencia no se procederá acumulativamente, porque así lo pactaron las partes y su voluntad es ley del contrato. Ahora bien, según queda constatado, esa voluntad no resulta tan clara si se lee no sólo el primer párrafo de la cláusula, sino también el segundo, que muestra la genuina voluntad de dichas partes de actualizar dicha renta, de que su poder adquisitivo se mantenga, por lo que la cantidad inicial, más la de los índices, por separado, cada dos años, no lo consiguen, todo lo más sería una mera elevación de su cuantía, pero no su estabilización.

En definitiva, resultan así dos posiciones interpretativas: a) La de la Sentencia, restrictiva y literal e incompleta, limitada a la sola revisión de la cuantía inicial con el más o el menos del "índice de vida", cada dos años; y b) La del Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Territorial que entiende el pacto de actualización de la renta o "cláusula estabilizadora" que, a nuestro juicio, es la idónea, según contradictoriamente reconoce la propia Sentencia.

La cuestión que se plantea, pues, es si la revisión exclusiva de la cuantía inicial, cada dos años, y con arreglo al valor de un "índice de vida" tiene, también, la naturaleza de una cláusula de estabilización o actualización (art. 100), o es tan sólo una modalidad diferente y concreta para la variación de la renta, para su "elevación" o para su "reducción" (artículo 98 de la Ley de Arrendamientos Urbanos).

3. *La revisión de la renta y las modalidades de cláusulas de estabilización o actualización.*

La revisión de la renta en un contrato de arrendamiento urbano se puede llevar a cabo a través de distintas modalidades: bien por una determinación legal, bien por una decisión judicial o ya por un convenio de las partes.

Cuando la renta se revisa por convenio de las partes, la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente admite dos modalidades fundamentales: a) La que establece en su artículo 98, al permitir que "la renta de las viviendas y locales de negocio a que se refieren los artículos anteriores podrá ser objeto de aumento o reducción por acuerdo de las partes"; b) La que establece en su artículo 100, cuando las partes "hubieren convenido de modo expreso otro sistema de actualización".

En el caso de autos, a mi juicio, las partes pactaron una revisión de la cuantía de la renta en vista de "la variación del índice de vida que publique la Cámara Oficial de Comercio de Bilbao"; además, añadían, el tanto por ciento de variación en la nueva renta por los dos años siguientes"; es decir, que la cuantía inicial cedía o se relegaba por la "nueva renta" que resultaba así la actualizada. En definitiva, las partes no trataban de aumentar la renta inicial cada dos años por el exclusivo tanto por ciento del índice de vida de ese período y con independencia de la nueva renta conseguida; ello supondría una revisión de la renta, tan sólo para aumentarla, según el artículo 98 de la LAU y no el haber adoptado el criterio de convenir "otro sistema de actualización" o cláusula de actualización (art. 100 LAU).

Cuando las partes convienen una cláusula estabilizadora o de actualización es para que la cuantía de la renta inicial y fijada por las partes se cambie por otra, la "nueva renta", la cual siempre procede por acumulación, ya que, si no, no sería nueva, sino la vieja o inicial; la renta, en cada período, quedará determinada globalmente y conclusivamente de un modo ascendente o decreciente según la diferente alteración monetaria (inflación, deflación) conforme al índice elegido, sea un índice monetario (cláusulas oro, plata, moneda extranjera, unidad de cuenta, etc.) o un índice económico (cláusulas de escala móvil, a índice variable, etc.).

En el caso de autos, la revisión de la renta se hacía en función de un "índice de vida", una cláusula o índice económico que comporta, pues, una cláusula de estabilización o de actualización, puesto que las partes pretendían que se "señalara el tanto por ciento de variación de la nueva renta"; o sea, que la revisión de la renta se prevenía mediante una modalidad estabilizadora que la doctrina civilista denomina como "cláusula a índice variable" o de "escala móvil". La propia Sentencia no duda en denominar así a la cláusula como de estabilización o de actualización en su frase cuando dice que "forzoso resulta reconocer el pacto de actualización de la renta, que la mencionada cláusula tercera del contrato contiene", o también, al expresar más adelante lo que es "el designio de las partes, al convenir la referida cláusula estabilizadora".

No obstante, si por una parte la Sentencia proclama la naturaleza de la revisión de la renta sobre un pacto de actualización, por otra su fundamento legal lo basa con arreglo al artículo 98 de la LAU, donde tan sólo se permite un "aumento" concreto o una "reducción" fija de la renta por pacto de las partes, modalidad muy distinta de una actualización o estabilización, donde se pueden dar ambas, pero no dependiendo de su voluntad, sino de las variaciones del "índice de vida"; en el su-

puesto del artículo 98 estaríamos ante una cláusula de elevación de la renta o ante una cláusula de reducción, pero no de estabilización.

Tampoco refuerza el razonamiento de la Sentencia el que se añada otro que, tan siquiera, entró en discusión entre las partes, ni fue admitido por las instancias anteriores, como es el referente a la "validez" del "pacto de actualización" de la renta. La base general a que se refiere del "uso de la libertad que el artículo 1.255 del Código civil proclama", en realidad tiene su fundamento más concreto para el caso de autos en el artículo 97 de la LAU respecto a la libertad de pactar la renta; tampoco es el fundamento adecuado el que se "pretenda acomodar la renta contractual a las variaciones en alza que tanto en baja pueda experimentar el coste de la vida" según el artículo 98 de la LAU. Este artículo, insistimos, tan sólo autoriza a que, "por acuerdo de las partes, se pacte un aumento o una reducción de la renta", pero no pone las bases para que las partes acuerden una cláusula estabilizadora; el fundamento legal o reconocimiento de las cláusulas de estabilización de la renta en los arrendamientos urbanos de vivienda o local de negocio la ofrece el artículo 100 de la LAU.

Las cláusulas de estabilización tienen un proceso económico aumentativo o de disminución de la cuantía monetaria objeto del contrato según la alteración monetaria que sufra el dinero; se trata de un proceso acumulativo o reductor de la suma o cuantía de la renta no para una sola vez, sino para los períodos que se hayan pactado (dos, tres, cuatro años); si no se procede por acumulación no habrá actualización ni estabilización, habrá mero aumento de la renta. Por eso, el pacto o cláusula habrá de expresar concretamente la intención de las partes.

La estabilización o actualización es siempre una relación de adecuación que se establece entre dos o más valores económicos; cuando uno de ellos es la unidad de valor o de medida por excelencia, como es el "dinero", o su expresión materializada, la "moneda", los demás valores patrimoniales adquieren uno determinado cuantitativa y cualitativamente, el llamado "precio" o "renta", en nuestro caso. Lo normal, lo justo y lo equitativo es que la unidad de valor, el dinero, que una sociedad organizada o Estado ha elegido y concretado como moneda (por ej., la "peseta" española), la mantenga de una forma idónea e identificable, además de que le asigne un "valor nominal" concreto y fijo. Lo anormal, lo injusto y no equitativo es que la moneda se altere o pierda su poder adquisitivo, bien por manipulaciones de las autoridades del propio Estado ("desvalorizaciones", "devaluaciones" o "revalorizaciones"), ya como consecuencia de otras fuerzas económicas privadas en el mercado ("depreciaciones") interior o exterior. Al resultar dichas alteraciones monetarias aparece un valor comercial frente al nominal y la moneda deja de ser el instrumento de cambio equivalente y conmutativo de los valores patrimoniales intercambiados entre las partes cuando sus relaciones son de tracto sucesivo.

En la contratación de tracto sucesivo, como ocurre en el arrendamiento urbano, la renta fijada inicialmente por las partes se hace con arreglo a un poder adquisitivo concreto de dicha cuantía monetaria; si las

partes no han previsto pactadamente una modalidad estabilizadora de la renta, su cuantía permanecerá fija, pero su poder adquisitivo será diferente ante las alteraciones monetarias, se irá deteriorando de tal modo que destruirá el equilibrio patrimonial establecido por las partes; quedará destruida la equivalencia subjetiva y objetiva de la relación establecida por los contratantes. Ante la inflación, concretamente, el acreedor sufrirá un daño, el cualitativo de la cuantía monetaria que debe recibir por un valor nominal distinto del comercial o de tráfico; en cambio, el deudor obtendrá indirectamente un beneficio. Si en los contratos aleatorios este daño o beneficio para las partes puede resultar una consecuencia del riesgo implícito a ellos, no así en los conmutativos y remuneratorios, donde se quiebra su propia naturaleza y finalidad patrimonial. De aquí que se plantea la justa necesidad de restablecer el equilibrio de las prestaciones patrimoniales entre las partes, bien desde un plano legislativo (normas de revalorización, etc.), ya judicial (revisión, arbitrio de equidad, etc.) o bien privado (cláusulas estabilizadoras, pactos de actualización).

Cuando el restablecimiento del equilibrio económico entre las prestaciones de las partes se trata de restablecer paccionadamente, como en el caso de autos, se hace necesario concretar su naturaleza y modalidad que, según queda visto, era de estabilización y no de un simple aumento, cada dos años, sobre la cuantía inicial de la renta.

4. Las disposiciones legales especiales sobre la restricción de la renta pactada.

Otro de los aspectos críticos que suscita esta Sentencia es el referente a la omisión de la normativa especial de carácter imperativo dictada para la renta de los arrendamientos urbanos durante el bienio 1974 a 1976, que no fue aplicada al caso de autos.

El Real Decreto-ley 2, de 7 de abril de 1975, en base a una política económica y social, establece una normativa de medidas restrictivas que se traduce, concretamente, para los arrendamientos urbanos, textualmente en lo siguiente: "A partir de la publicación del presente Decreto-ley y hasta el 31 de diciembre de 1975, las autorizaciones concedidas por el Gobierno sobre aumentos o revisiones de rentas en los arrendamientos urbanos, a tenor de lo establecido en el texto refundido en la LAU de 24 de diciembre de 1964, y para aquellos contratos celebrados con posterioridad al 31 de diciembre de 1967, nunca podrán suponer elevaciones posteriores a la última acordada". Resulta, pues, que el contrato de autos, celebrado el 20 de mayo de 1970, quedaba sometido a esta disposición.

Además, esta disposición se va a concretar específicamente por el Decreto-ley 13, de 17 de noviembre de este mismo año de 1975, que aprueba un programa especial de financiación de viviendas y restringe no sólo la posibilidad de revalorización de las rentas por el Gobierno, sino también aquéllas de viviendas y locales de negocio que hubiesen sido pactadas con cláusulas de estabilización. A este respecto, en su artículo 14, se dispone: "Se prorroga hasta el 31 de diciembre de 1976 la vigencia de las normas contenidas en el artículo 1 del Decreto-ley 2/1975,

de 7 de abril"; más concretamente, en su artículo 15, ordena que: "1.º A partir de la publicación del presente Decreto-ley y hasta el 31 de diciembre de 1976, inclusive, los incrementos de las rentas en los arrendamientos urbanos, en situación de prórroga legal, que sean procedentes de disposición de la Ley, determinación del Gobierno, por revisión legalmente autorizada o por pacto expreso de las partes, no podrán suponer elevaciones que excedan del aumento medio experimentado en los dos años inmediatamente anteriores a la fecha del incremento o de la revisión, por el índice específico del costo de la vivienda, incluido en el índice general del costo de la vida, publicado por el Instituto Nacional de Estadística. Esta limitación no afectará a los incrementos que procedan por repercusión en el costo de los servicios y suministros, obras de reparación necesarias y demás cantidades asimiladas a renta".

El carácter imperativo de la normativa resulta bien evidente y afectaba, concretamente, al contrato de arrendamiento urbano de local de negocio que habían llevado a cabo las partes; sin embargo, la Sentencia no aplica dicha normativa cuando ha tenido que proceder a sancionar en segunda sentencia el incremento de la renta del caso enjuiciado, ya que se trataba de los realizados "por pacto expreso de las partes".

Además, ya se entienda —como pretende la Sentencia— que en la renta tan sólo se calcule su aumento sobre la cantidad inicial de 47.000 pesetas en función del "índice de vida" de la Cámara Oficial de Comercio de Bilbao del bienio 1975-76, o bien que se calcule sobre la "nueva renta" acumulada hasta esa fecha y en función del "índice específico del coste de la vivienda, incluido en el índice general del costo de la vida", según se dispuso normativamente por la Orden de 27 de agosto de 1977, lo que es evidente es que los cálculos sobre la renta de la Sentencia no responden a la restricción impuesta para dicho período de vigencia del contrato de arrendamiento urbano.

JOSÉ BONET CORREA

EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO A CONSECUENCIA DE LA INFLACION EN LA LIQUIDACION DE UNA SOCIEDAD CIVIL PARTICULAR

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 diciembre 1980)

SUMARIO: 1. El caso conflictivo y la Sentencia del Tribunal Supremo.— 2. La doctrina legal sobre el enriquecimiento injusto.—3. La persistencia de la inflación monetaria y su repercusión en las relaciones jurídicas patrimoniales de crédito y de dominio.—4. Las concepciones nominalista y valorista del dinero ante el enriquecimiento injusto.

1. *El caso conflictivo y la Sentencia del Tribunal Supremo*

En el caso de autos, desde el año 1923 hasta 1950, existe una sociedad civil particular entre tres hermanos, cuyo patrimonio común se compone de un negocio con solares, inmuebles, instalaciones, así como de unas cuentas corrientes, depósitos bancarios y valores, si bien estos bienes y otros exclusivos, incluidos en la sociedad figuraban inscritos a nombre de uno sólo de ellos, el cual, además, había construido un edificio sobre terreno común, si bien a sus propias expensas.

En el año 1950, los otros dos hermanos promueven un juicio ordinario de reclamación de sus derechos frente al otro hermano; no obstante, hasta el año 1970, los demandantes no iniciaron las actuaciones conducentes a hacer cesar el estado de indivisión del patrimonio común social en que se acuerda por el Juzgado la celebración de la subasta pública. Sin embargo, el otro hermano promueve demanda incidental para que se decrete la valoración separada de los bienes de propiedad común respecto de las construcciones de su propiedad exclusiva, ya que no hubo accesión de las edificaciones a los solares comunes, considerando su valor actual y no la cantidad invertida al momento de su construcción, años antes, según pretendían sus hermanos.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 1 de diciembre de 1980, resuelve que no hubo accesión y que la suma invertida por el hermano que construyó las edificaciones no es la adecuada para que se estime veintisiete años después, ya que, a su juicio, "ello implica prescindir de la revalorización del inmueble consiguiente a la continua inflación monetaria para atribuir parte de su valor a los demandados, siendo por tanto procedente, por equitativo, acceder a los pedimentos del propietario del edificio demandante, lo que no obsta a que el valor del suelo sea distribuido, previa en su caso la subasta procedente, entre los tres socios o sus herederos, pero detrayendo de la totalidad el valor actual de las tan repetidas edificaciones para evitar el enriquecimiento sin causa que en otro caso se produciría para los demandados".

Según se advierte, la Sentencia plantea y resuelve varias cuestiones de derecho. En primer lugar, al pretenderse la accesión por unos socios decide "que el suelo sobre el que se edificó es copropiedad del re-

corrente y de otros dos más, luego, en tanto no se divida el suelo, no puede saberse si construyó sobre terreno propio” o ajeno, por lo que viene a concluir que “no puede basarse en el modo de adquirir el dominio por accesión de inmueble a inmueble”, sino que se está ante un “presupuesto obligacional de liquidación de sociedad bien diferente de los de carácter jurídico real de la doctrina de la accesión de inmuebles”.

En segundo lugar, al pretenderse también que se deduzca tan sólo el coste o suma invertida de lo edificado veintisiete años antes, la Sentencia decide que debe reintegrarse el “valor actual de las edificaciones”, ya que no se puede “prescindir de la revalorización del inmueble” a consecuencia de “la continua inflación monetaria”.

En tercer lugar, la Sentencia resuelve que se distribuya el valor del suelo entre los tres copropietarios, mediante la subasta procedente, si bien, para el copropietario constructor, “detrayendo de la totalidad el valor actual de las tan repetidas edificaciones para evitar el enriquecimiento sin causa que en otro caso se produciría para los demandantes”, o simples copropietarios del suelo.

De las tres cuestiones fundamentales, planteadas y resueltas por el Tribunal Supremo, destacan las dos últimas: a) La referente a la influencia de la inflación monetaria en cuanto al criterio de valoración, tanto para los bienes comunes sociales como para aquel exclusivo de uno de los socios, involucrado en ellos, por lo que la Sentencia desecha como no equitativo el criterio nominalista y aplica el criterio valorista de liquidación en dinero; b) La de distinguir y separar las titularidades dominicales comunes de aquella otra individual sobre los bienes e inmuebles que integraban una “sociedad civil particular”, al momento de su disolución, con el fin de evitar un enriquecimiento sin causa de los socios respecto de otro.

Examinemos, pues, los argumentos y criterios empleados por el Tribunal Supremo en ambas cuestiones que forman su doctrina legal.

2. *La doctrina legal sobre el enriquecimiento sin causa*

Esta Sentencia de 1 de diciembre de 1980 viene a confirmar la doctrina legal del Tribunal Supremo sobre el enriquecimiento sin causa cuando dice que “el principio del enriquecimiento injusto, de honda raigambre en nuestro Derecho histórico, aunque carente de regulación específica en el Derecho sustantivo vigente, ha sido muy reiteradamente reconocido por la jurisprudencia de esta Sala, de modo que, como declaró la Sentencia de 12 de enero de mil novecientos cuarenta y tres, tiene en nuestro ordenamiento jurídico no sólo la significación de un principio general de Derecho aplicable como fuente de carácter subsidiario (SS. 27 diciembre 1943, 23 noviembre 1946 y 22 diciembre 1962), sino muy acudidamente la de una institución jurídica recogida en numerosos preceptos legales, aunque en forma inconexa; y se han exigido para su aplicación cuatro requisitos (entre otras, S. 9 abril 1949), el cuarto de ellos relativo a la falta de causa o justificación entre el enriquecimiento de una parte y el empeoramiento de la otra, habiéndose concretado respecto de este

requisito que no se requiere que el enriquecimiento proceda de medios reprobados o de mala fe (S. 6 junio 1951), bastando que el enriquecimiento haya experimentado una ganancia sin causa o sin derecho, lo que es compatible con la buena fe (S. 16 junio 1952), pero sin existir enriquecimiento injusto cuando se adquiere algo en virtud de un contrato legal válido, o en virtud de un legítimo derecho que se ejercita sin abuso (S. 28 enero 1956); se requiere, pues, que el enriquecimiento se produzca en virtud de un desplazamiento patrimonial no basado en un acto lícito capaz de justificarlo, pudiendo impugnarse cuando a consecuencia de fenómenos económicos ajenos a la voluntad de los particulares el valor de las cosas sufre un desproporcionado aumento y de él participan personas distintas del propietario que no contribuyeron a la creación del valor que entre ellos se distribuye, de manera que tal distribución pueda ser contraria a la equidad (S. 1 diciembre 1980).

Anteriormente, el Tribunal Supremo vino configurando el enriquecimiento sin causa por la reunión de varios requisitos; a este respecto decía que "es preciso demostrar y justificar en cada caso la procedencia concreta de la acción de enriquecimiento, en relación con las particularidades que presente el respectivo desplazamiento patrimonial, y con los requisitos y elementos que ha de reunir la noción de enriquecimiento sin causa para ser un saludable postulado de equidad y justicia, y no un motivo de grave perturbación" (SS. 2 junio y 23 noviembre 1946).

La Sentencia de 23 de marzo de 1966, de manera conclusiva, confirmará que la doctrina científica (1) exige como presupuestos o requisitos para que pueda ejercitarse la pretensión por enriquecimiento: 1.º Un enriquecimiento por parte del demandado, representado por la obtención de una ventaja patrimonial, que puede producirse por un aumento del patrimonio (*lucrum emergens*) o por una no disminución del patrimonio (*damnum cessans*); 2.º Un empobrecimiento por parte del actor, representado a su vez por un daño, que puede constituir (*damnum emergens* (daño positivo) y *lucrum cessans* (lucro frustrado) del que haya sido consecuencia el enriquecimiento del demandado; 3.º Falta de causa que justifique el enriquecimiento, y 4.º Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del enriquecimiento sin causa.

La jurisprudencia va insistir y matizar sobre estos requisitos, así como sobre los criterios de equidad y justicia que informan la prohibi-

(1) Cfr. NÚÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Madrid, 1934; SERRANO SERRANO, *Justa causa traditionis*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (1934-1935), pp. 495 ss.; ARIAS RAMOS, *En torno a la génesis del enriquecimiento sin causa*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, II (1946), pp. 7 ss.; BERNAL, *El enriquecimiento sin causa y el seguro obligatorio*, en *Revista General de Derecho* (1950), pp. 553 ss.; ESPUNY, *Perfil y límites del enriquecimiento infundado*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 69 (1952), pp. 42 ss.; BONET RAMÓN, *La prestación y la causa debitoria*, en *Revista de Derecho Privado* (1968), pp. 205 ss.; LACRUZ BERDEJO, *Notas sobre el enriquecimiento sin causa*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (mayo-junio 1969), pp. 599 ss.; ALVAREZ CAPEROCHIPI, *El enriquecimiento sin causa en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *Revista de Derecho Privado* (noviembre 1977), pp. 845 ss.

ción de enriquecerse a costa de otro, por la obtención de una ventaja patrimonial que pueda producirse para una parte por el ingreso en su patrimonio de una cantidad de dinero que no había desembolsado, aumentándolo (*lucrum emergens*) (SS. 22 diciembre 1967, 24 enero 1975, 20 marzo 1979) o ya disminuyéndolo (*damnum cessans*) (SS. 12 enero 1943 y 24 enero 1975), un correlativo empobrecimiento del actor, consecuencia de la ventaja obtenida por el demandado (SS. 24 junio 1920, 8 octubre 1927, 11 julio 1940, 2 julio 1946, 29 abril 1947, 24 septiembre y 9 noviembre 1953, 22 noviembre 1969 y 24 enero 1975), existiendo una conexión perfecta de enriquecimiento y empobrecimiento por virtud del traspaso directo del patrimonio del actor al del demandado (SS. 9 abril 1949, 28 octubre 1950, 31 octubre 1951 y 24 enero 1975), y una falta de causa o justificación (SS. 2 julio 1946, 29 abril 1947, 24 octubre 1951, 31 mayo 1967, 22 noviembre 1969, 29 abril 1974, 24 enero 1975 y 23 enero 1977), lo que es compatible con la buena fe (SS. 6 junio 1951, 16 junio 1952 y 24 enero 1975), no enriqueciéndose tortíceramente el que adquiere una utilidad en virtud de un contrato legal que no ha sido invalidado (SS. 13 noviembre 1884, 14 octubre 1885, 29 abril 1947, 22 noviembre 1969 y 24 enero 1975), o en virtud de un legítimo derecho que se ejercite sin abuso (SS. 30 octubre 1888, 11 marzo 1892, 5 mayo 1905, 24 junio 1920, 25 noviembre 1935, 23 diciembre 1942, 12 enero 1943, 12 abril 1945, 22 marzo y 26 junio 1946, 9 abril 1947, 5 julio 1948, 5 diciembre 1953, 9 mayo 1955, 23 noviembre 1966, 24 enero 1975 y 23 noviembre 1977), o en virtud de una sentencia que lo estima procedente en Derecho (SS. 21 mayo 1948 y 24 enero 1975), no siendo posible sostener por razones de interés social cuando el legislador no tolera consecuencias en casos concretos que puedan lesionar la equidad y los beneficiados se enriquezcan injustamente de un modo indirecto (SS. 23 noviembre 1946 y 24 enero 1975).

Además, se añade, que frente a la pretensión de daños y perjuicios tiene independencia sustantiva la de enriquecimiento, que nace normalmente de un hecho jurídico lícito, aunque también pueda nacer de un acto lícito, encaminándose siempre contra el enriquecido sin causa, prescindiendo en absoluto de las nociones de culpa e imputabilidad y dejando en la penumbra al agente provocador de la atribución patrimonial, siendo la noción sin causa la primordial y definitiva, fijando la relación de causa a efecto entre el agente provocador y el enriquecimiento, en la correlación entre el patrimonio del enriquecido y del empobrecido y teniendo la restitución su objeto y su medida —salvo desviaciones concretas— en la cuantía del enriquecimiento (SS. 28 enero 1956 y 22 diciembre 1962).

La novedad que aporta el caso de esta Sentencia de 1 de diciembre de 1980 está en que el enriquecimiento sin causa se produciría para los dos socios si en el momento de la liquidación de la sociedad no se trajese el valor actual del inmueble o construcción de propiedad exclusiva de uno de los socios, el cual, aunque edificado sobre un solar de titularidad común o en copropiedad de los socios, se levantó sin oposición de los demás y, por tanto, con su consentimiento (art. 397 del Código civil),

al menos tácito. Al no haber ocurrido la accesión de lo edificado, por tratarse de un predio en comunidad y no ajeno (art. 358 del Código civil), la propiedad de lo edificado en suelo común se mantenía exclusiva para el constructor; el valor de lo edificado, a la liquidación de la sociedad, no era la suma nominal invertida en el momento de la construcción, según pretendían los otros socios, sino el actual, según sostiene la Sentencia, ya que “a consecuencia de fenómenos económicos ajenos a la voluntad de los particulares —aclara— sufre un desproporcionado aumento y de él no pueden participar personas distintas del propietario que no contribuyeron al valor que entre ellos se va a distribuir posteriormente con la liquidación de su sociedad civil particular”, de “manera que tal distribución pueda ser contraria a equidad”.

Son, pues, estos llamados “fenómenos económicos” a que alude la Sentencia los que provocan un mayor valor en lo edificado; veamos en qué consisten tales fenómenos, entre los que la “inflación monetaria” es el más importante, tal como la propia Sentencia alude y saca sus consecuencias.

3. *La persistencia de la inflación monetaria y su repercusión en las relaciones jurídica patrimoniales de crédito y de dominio.*

En esta Sentencia de 1 de diciembre de 1980, se advierte cómo una “continuada inflación monetaria” resulta una realidad constatada en nuestro país (2) y va a tener una repercusión concreta en cuanto a un derecho dominical, el que tiene un socio respecto a los edificios construidos sobre terrenos comunes; de este modo, en el caso de autos, se considera cómo la inflación provoca la “revalorización del inmueble”.

En general, la inflación monetaria tiene como efecto fundamental el que se produzca la pérdida del poder adquisitivo de la moneda; es decir, que la moneda, en cuanto “bien de la intermediación o de cambio”, pierde su equivalencia de valor frente a los demás bienes muebles o inmuebles, los cuales adquieren un mayor valor o precio. Este mayor valor, o “plusvalía”, que adquieren los bienes muebles e inmuebles en el tráfico, corresponde a su titular hasta el momento en que los transfiere o han de liquidarse en dinero. En las relaciones jurídicas patrimoniales de dominio sobre bienes muebles e inmuebles la inflación tiene, pues, un

(2) Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, *La antítesis inflación-justicia*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 5 (1960), pp. 531 ss.; CALLE, *La inflación española: eficacia de la política inflacionista*, en *Boletín de Estudios Económicos de la Universidad de Deusto*, 93 (1974), pp. 32 ss.; MINISTERIO DE HACIENDA: *Varios Aspectos jurídicos de la inflación*, Madrid, 1977; FIGUEROA, *Inflación y paro en la economía española*, en *Boletín de Estudios Económicos de la Universidad de Deusto*, XXXIV-10 (1979), pp. 57 ss.; GOROSQUIETA, *La inflación de los precios como problema de justicia*, en *Razón y Fe*, 977 (1979), pp. 594 ss.; *Inflación y medios de pago*, en *El Economista*, 4708 (9 febrero 1980) p. 3; *Génesis y continuidad de la inflación*, en *El Economista*, 4770 (18 abril 1981), p. 3.

efecto positivo para sus titulares, provoca acumulativamente, durante el tiempo de su persistencia una ganancia (3).

Por el contrario, la inflación monetaria conduce a una depreciación del dinero y de sus representantes las monedas; el bien "dinero", o su representante la "moneda", se rebaja de valor, pierde la equivalencia nominal inicial de su acuñación frente a los demás bienes muebles e inmuebles y su valor comercial disminuye, traduciéndose en una pérdida de su poder adquisitivo. De aquí que, cuando el dinero o la moneda entra como objeto exclusivo de una prestación en una relación obligatoria permanezca invariable su suma o cuantía a través del tiempo, pero se quiebre o disminuya su valor o poder adquisitivo; el acreedor de dicha suma la recibirá en la cuantía determinada o pactada, pero completamente disminuida de valor, un valor no equivalente al inicialmente tenido.

En definitiva, la inflación produce dos efectos distintos según se trate de relaciones jurídicas obligatorias o de relaciones jurídicas dominicales en las que intervengan como su objeto fundamental los bienes muebles o inmuebles y el dinero; mientras que los bienes muebles e inmuebles, como los servicios, obras y demás cosas, se actualizan en su valor con la inflación, el dinero envejece, pierde su vigor o poder adquisitivo y se establece una diferencia entre su valor nominal inicial y su valor comercial presente, ya que es norma general, implícita o expresa de los ordenamientos monetarios de los países, la ficción nominalista de que el valor de la moneda permanece inalterable ("peseta igual a peseta"), cuando realmente lo único inalterable es su naturaleza cuantitativa (cien pesetas), pero no su naturaleza cualitativa (el poder adquisitivo disminuido de las cien pesetas).

De aquí que tanto la doctrina como la jurisprudencia actuales traten de diferenciar nítidamente entre las "deudas dinerarias simples o generalizadas", las de suma o cantidad, y las "deudas dinerarias finales o de valor" (4); mientras que en las primeras el objeto de la prestación se trata exclusivamente de una suma o cantidad de dinero, en las segundas el objeto debido no es el "dinero", sino un "valor" (el de un objeto mueble o inmueble, obra, servicio o derecho) que, finalmente y actualizadamente puede ser liquidado en dinero. Las deudas dinerarias generalizadas suelen quedar fijadas y resultan inalterables de antemano (salvo su determinabilidad expresa a efectos posteriores), por lo que el deudor paga su deuda en la cuantía convenida, sin entrar en bondad o maldad de sus cualidades, ya que se fingen o establecen por el nominalismo siempre constantes, aunque la realidad diaria nos demuestre lo contrario a causa de la inflación u otros manejos (devaluación, revalorización, etc.). Se llega a la conclusión, así, de que las relaciones obligatorias pecuniarias, en principio, son inalterables y fijas, permanecen y se cumplen según su cuantía inicial, mientras que las deudas de valor

(3) Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, *Repercusiones de la inflación en lo rústico y en lo urbano, en lo industrial y en lo agrario*, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 5 (1977), pp. 41 ss.

(4) Para un examen de las diferentes posiciones doctrinales, mi obra: *Las deudas de dinero*, Madrid, 1981, pp. 291 ss.

son relativas y variables, se calculan o valoran el día actual de su pago; mientras que a las primeras la inflación, u otras alteraciones monetarias, las quiebra en su valor, a las segundas las deja indemnes, gracias a su proceso de actualización, al convertirse u obtenerse la suma final en dinero según su valor o poder adquisitivo actual.

4. *Las concepciones nominalista y valorista del dinero ante el enriquecimiento injusto.*

A este respecto, la Sentencia de 1 de diciembre de 1980, hace unas consideraciones generalizadas, diciendo que "singularmente la depreciación monetaria impide, en no pocos supuestos del tráfico comercial actual, seguir una tesis nominalista, que tiene en cuenta el dinero como objeto de la obligación a base de su valor nominal, para seguir la llamada teoría valorista que atiende preferentemente al valor patrimonial actual para evitar resultados inequitativos y eludir así supuestos de enriquecimiento injusto de unas personas a costa de otras". Y ya, más concretamente, sobre el caso planteado, razona con justicia, que no es posible que "al recurrente se le va a resarcir, veintisiete años después de una suma que invirtió en la edificación discutida, lo que implica prescindir de la revalorización del inmueble consiguiente a la inflación monetaria para atribuir parte de su valor a los demandados". Sobre esta base, la Sentencia concluirá que, de otro modo, se produciría un enriquecimiento injusto, porque "a consecuencia de fenómenos económicos ajenos a la voluntad de los particulares el valor de las cosas sufre un desproporcionado aumento y de él participan personas distintas del propietario que no contribuyeron a la creación del valor que entre ellos se distribuye, de manera que tal distribución pueda ser contraria a la equidad".

Efectivamente, la depreciación monetaria actual tiene unas influencias y repercusiones muy graves e injustas en el equilibrio patrimonial de las prestaciones de las relaciones patrimoniales, sobre todo entre deudores y acreedores en sus obligaciones de tracto sucesivo; cuando llega el momento del pago se ha producido una quiebra del valor de la moneda, su valor inicial y su valor actual, o poder adquisitivo, respecto de las mismas cosas, bienes o servicios que se intercambian o remuneran. Ahora bien, la depreciación monetaria, en cuanto hecho general, alcanza a todos los bienes, créditos o deudas, servicios y derechos, si bien de distinta manera y efectos; de aquí que haya de ser en cada caso concreto donde se pueda apreciar ese distinto efecto patrimonial, de daño o de ganancia, según los intereses en conflicto de las partes.

En el caso de autos, la cuestión fundamental no era exclusivamente la de tener que aplicar o seguirse un criterio nominalista o valorista; esta era una cuestión implícita una vez que quedase aclarada y concretada la naturaleza jurídica de los intereses patrimoniales de uno de los socios respecto de los demás bienes sociales en una "sociedad civil particular". Por tanto, se hacía necesario saber si las edificaciones levantadas por un socio, a sus expensas, pero en suelo común a todos ellos,

al momento de la liquidación de la sociedad, suponían concretamente una deuda pecuniaria simple, de la suma o cantidad invertida inicialmente, frente a los demás socios y si se debía de deducir en la liquidación, o bien, realmente, se trataba de constatar la titularidad dominical exclusiva de unas edificaciones, que, por no haber accedido al suelo común, al faltar el requisito de ser ajenas y de ser consentidas por los demás socios ante su vista, ciencia y paciencia, debían ser valoradas actualmente dentro del conjunto social y ser objeto de resarcimiento a su exclusivo propietario.

La Sentencia, pues, concluirá que no se trataba de pagar una “suma” pendiente o “cantidad” invertida inicialmente, sino de valorar el derecho de propiedad exclusivo de un socio sobre unas edificaciones, las cuales, ante la depreciación monetaria, habían adquirido un “mayor valor” en el transcurso de los años.

El mayor valor que habían adquirido las edificaciones de exclusiva propiedad de un socio sobre el suelo común, según la Sentencia, es “consecuencia de fenómenos económicos ajenos a la voluntad de los particulares”, ya que “el valor de las cosas sufre un desproporcionado aumento”; ahora bien, cuando “de él participan personas distintas del propietario —concluye la Sentencia— que no contribuyeron a la creación del valor que entre ellos se distribuyere, de manera que pueda ser contraria a la equidad”, se hará “detrayendo de la totalidad el valor actual de las tan repetidas edificaciones para evitar el enriquecimiento sin causa que, en otro caso, se produciría para los demandados”.

En definitiva, esta Sentencia del Tribunal Supremo viene a tomar muy en cuenta la inflación del dinero en general y sus efectos en particular sobre los bienes inmuebles, concretamente la plusvalía que origina para su titular, o propietario, y, el tener que cedérsela a otros, considera que supondría un enriquecimiento injusto, porque carecen de causa para participar de ella.

JOSÉ BONET CORREA

EN TORNO A LA PREJUDICIALIDAD ADMINISTRATIVA (Comentario a la sentencia de 10 de octubre de 1980)*

CARLOS MARTINEZ DE AGUIRRE

SUMARIO: 1. Planteamiento del tema.—2. La prejudicialidad administrativa. 3. Premisas del comentario.—4. Breve alusión al régimen de las licencias de obras y de apertura del local.—5. El Tribunal Civil ante la decisión administrativa: la decisión administrativa como hecho jurídico.—6. Otras posibilidades.—7. Factores secundarios concurrentes en la decisión.—8. Necesidad de una regulación del tema.

1. La Sentencia de nuestro Tribunal Supremo a que acabamos de hacer alusión en el encabezamiento de este comentario, puede ser contemplada desde diversos puntos de vista. Nosotros vamos a limitarnos a uno de ellos, cuya importancia es mayor de día en día; se trata, en líneas generales, de las relaciones entre la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa —o, en su caso, órganos administrativos competentes—, cuando en un mismo supuesto de hecho se mezclan factores civiles y administrativos, de forma que ambos han de ser tomados en cuenta por el Juzgador a la hora de dictar sentencia. Más en concreto, nos centraremos en la llamada prejudicialidad administrativa.

Pero antes de seguir adelante creemos que sería conveniente reproducir aquí los párrafos más significativos, a estos efectos, de la sentencia contemplada:

A) Considerando primero: «Son hechos probados de los que parte el Tribunal "a quo" para estimar en parte la demanda formulada por la Sociedad Anónima "S"... los siguientes: e) como había sido concedida licencia municipal de obras, la Comisión Provincial de Urbanismo de Barcelona, a nueva solicitud de la actora, y en dictamen recabado por la Comisión de Servicios Técnicos, acordó tener dicha licencia por erróneamente concedida, insistiendo en la denegación y errónea concesión, impidiendo ello la instalación del cine proyectado...»

B) Considerando quinto: «...en cuanto de ellos (los documentos alegados como auténticos por la recurrente) se deduce la evidencia de la infracción de los planes urbanísticos ya aprobados por la construcción de la sala de cinematógrafo en cuestión, y que la licencia municipal de obras, que la recurrente aduce en su favor, consta en ellos que fue erróneamente concedida...»

C) Considerando sexto: «...sin perjuicio de los derechos y acciones que pueda la demandada ejercitar contra la Corporación Municipal, que concedió erróneamente una licencia de obras, con base en la normativa dictada

* *Vide* extracto de esta sentencia publicado en A. D. C., 34 (1981), página 200 y ss., y comentada por G. G. C.

por la Administración para regular la concesión de licencias y el aprovechamiento urbanístico del suelo...»

D) Considerando séptimo: «...en definitiva, y sin perjuicio de lo que en su caso pueda acordar la jurisdicción contencioso-administrativa, debió denegarse una licencia que no se ajustó a la ordenación urbana, cuya jurisdicción será la competente para acordar las indemnizaciones que procedan, si la licencia o autorización, como consta en los documentos invocados como auténticos por la recurrente I. C. C., S. A., fue otorgada erróneamente según se deduce de los artículos diciséis dos y tres del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y del ciento setenta y dos de la Ley del Suelo de doce de mayo de mil novecientos cincuenta y seis, y hoy se plasma en el artículo doscientos treinta y dos del Texto Refundido de nueve de abril de mil novecientos setenta y seis...; todo ello presuponiendo el hecho admitido por ambos litigantes y por la sentencia recurrida de que la edificación cuestionada fue contraria al planeamiento urbanístico aprobado y vigente al realizarse la obra...»

2. Como hemos señalado más arriba, el problema que queda reflejado en estos párrafos de la sentencia comentada no es sino el de las relaciones entre los tribunales civiles y las decisiones administrativas y contencioso-administrativas que van a servir de fundamento o al menos influir en alguna forma en la decisión de aquéllos. No se trata, por tanto, de un choque frontal, que se resolvería en la forma a tal efecto prevista por las leyes, sino de un caso de lo que se suele denominar como prejudicialidad; y en el supuesto concreto que estamos contemplando, de prejudicialidad administrativa.

Se produce la prejudicialidad administrativa cuando la resolución de una cuestión de Derecho Administrativo ejerce influencia sobre la decisión de una cuestión civil (1); y ello tanto cuando la decisión de la cuestión administrativa a que hemos aludido compete a un órgano jurisdiccional, como cuando corresponde a un órgano estrictamente administrativo (2).

Más en concreto, el análisis ha de centrarse en torno a la afirmación realizada por el Tribunal de Casación de que la licencia de obras concedida por el Ayuntamiento a I. C. C., S. A., lo fue erróneamente. Será precisamente alrededor del fundamento con el que nuestro más alto Tribunal realiza esta afirmación, donde girará la atención del presente comentario.

3. Para ello hemos de establecer algunas premisas, cuya misma claridad nos permitirá no extendernos excesivamente en su consideración:

a) El objeto del pleito es claramente civil, puesto que se trata de una controversia «inter privados» acerca del cumplimiento y resolución de un

(1) EMILIO GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo I, pág. 136. Barcelona, 1947.

(2) *Op. cit.*, pág. 170.

contrato civil; no se plantea en torno a ello ningún problema de conflicto de jurisdicciones (3).

b) Ahora bien, el cumplimiento del contrato civil a que hemos hecho referencia se encontró sometido a la concesión por parte de la Administración Pública de las correspondientes licencias de obras y de apertura del local, la denegación de una de las cuales provocó, a su vez, el incumplimiento de uno de los contratantes (4).

c) Los recursos frente a la denegación de la licencia de apertura del cinematógrafo —primero— y de la declaración de la licencia municipal de obras como erróneamente concedida —después— han de seguir la vía legalmente prevista, es decir, la administrativa en primer lugar, y más tarde la contencioso-administrativa; la jurisdicción civil no tiene ninguna competencia sobre ello (5).

d) Así pues, es a las autoridades administrativas, y en su caso a la jurisdicción contencioso-administrativa, a los que corresponde decidir y fijar si hubo error o no en el otorgamiento de la licencia.

Por tanto, podemos preguntarnos ahora si el Tribunal Supremo ha desconocido esta última afirmación cuando dice que la licencia municipal de obras fue concedida erróneamente, excediéndose así en su competencia.

4. Pero antes de contestar a esta pregunta, reviste gran utilidad hacer una referencia, siquiera sea brevemente, a algunos aspectos del régimen de las licencias más arriba expresadas.

Tras establecer el art. 178-1 de la Ley del Suelo la necesidad del otorgamiento de licencia para «los actos de edificación y uso del suelo, talés como... las obras de nueva planta...», el art. 22-3 del Reglamento dispone que «no se concederá el permiso de obras sin el otorgamiento de la licencia de apertura, si procediera». La finalidad de este precepto es «evitar que una vez realizada la obra (previa la obtención de la correspondiente licencia) se encuentre el propietario con que, no contraviniendo la misma ninguna norma del planeamiento desde el punto de vista arquitectónico (por lo que no existe inconveniente en la concesión de licencia de obras) no reúna las condiciones exigidas para que pueda destinarse al fin específico proyectado, y no pueda otorgarse la licencia de apertura» (6).

El supuesto de hecho recogido por la sentencia coincide con el que acabamos de reflejar en cuanto a la existencia de licencia de obras y posterior denegación de la de apertura; pero difiere en tanto en cuanto esta denegación se debe a lo que González Pérez denomina «punto de vista arquitectónico», puesto que en el caso fundamentador del fallo del Tribunal Supremo sí existía —según parece— «inconveniente en la concesión de la licencia de obras», mientras que de los hechos probados no se deduce,

(3) Cfr. arts. 1 y 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

(4) Cfr. arts. 178-1 de la Ley del Suelo, 22-3 de su Reglamento y 6 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas.

(5) Cfr. arts. 113 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 37 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

(6) JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley del Suelo*, págs. 1217-1218, Madrid, 1981.

ni parece tener relevancia alguna en el pleito, que el local «no reúna las condiciones exigidas para que pueda destinarse al fin específico proyectado».

De todas formas esta diferencia que podríamos calificar de teleológica, no tiene relevancia, a los efectos del precepto reglamentario más arriba citado, puesto que si no bastara la claridad de su tenor literal, que no hace distinciones, la jurisprudencia tiene establecido que la concesión de la licencia de apertura es condicionante de la de obras cuando la obra se destine a un establecimiento de características determinadas (7). Todo ello sin perjuicio de que en la práctica no se someta la concesión de la licencia de obras correspondiente de apertura del local (8).

Por otro lado, es de innegable interés proceder a la determinación del papel que juegan en el otorgamiento de la licencia de apertura del local la Corporación Municipal y la Comisión Provincial de Servicios Técnicos. La competencia para el dicho otorgamiento corresponde al alcalde, de acuerdo con lo previsto por el art. 6 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas; por su parte, a la Comisión Provincial de Servicios Técnicos corresponde informar la concesión de la licencia, informe que será vinculante en caso de que implique su denegación (9). En este último supuesto, el recurso frente a la denegación de la licencia de apertura deberá dirigirse contra el pronunciamiento denegatorio del alcalde, quien remitirá el citado recurso a la Comisión Provincial de Servicios Técnicos; caso de que ésta se ratifique en su informe, la impugnación —que se trata de un recurso de reposición previa o la vía contencioso-administrativa— deberá ser rechazada.

Asimismo es preciso resaltar que «el informe que emite la Comisión Provincial de Servicios Técnicos no tiene naturaleza jurídica de acto definitivo» (10), sino que necesita que recaiga sobre él el acto del organismo llamado a dictarse, que le imprime ejecución (11).

Por último, diremos que la consideración de la actividad consistente en una sala de proyección de películas como actividad molesta, y sometida por tanto a la concesión de la preceptiva licencia, se deduce de la inclusión de dichas salas dentro del nomenclator que figura como anexo número uno al Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas.

5. Volviendo ya a recoger el hilo del tema planteado, que una primera lectura del texto de la sentencia comentada nos llevaría a dar respuesta negativa a la pregunta que más arriba dejamos formulada. En efecto, parece que no se trata de que la Sala sentenciadora haya decidido, con base en los hechos declarados probados y en la legislación administrativa aplicable al caso que hubo error en la concesión de la licencia municipal de obras. Antes bien, de los términos literales de la resolución podría deducirse que nos ha-

(7) Cfr. por todas, sentencia de 13 de diciembre de 1977.

(8) JESUS GONZÁLEZ PÉREZ, Op. cit., loc. cit.

(9) Cfr. arts. 7-2 y 31 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas.

(10) RAMÓN MARTÍN MATEO, *Derecho Ambiental*, pág. 219. Madrid, 1977.

(11) Cfr. sentencias de 27 de febrero de 1964 y 22 de junio de 1967.

lamos ante un supuesto en el que la decisión de la Comisión Provincial de Servicios Técnicos en sentido de considerar la tantas veces citada licencia municipal de obras como erróneamente otorgada, es tomada como un hecho —hecho jurídico— del que se parte, en forma tal que la existencia de error no es apreciada por el juzgador civil, sino que es un hecho del que se parte, en tanto en cuanto el órgano competente se ha pronunciado sobre ello. Nos situaríamos así en un caso de prejudicialidad administrativa al que más arriba hemos hechos referencia.

Es sabido que no es éste el único caso en el ordenamiento jurídico español en que una sentencia parte de un hecho jurídico, en forma similar a la contemplada. Hemos de referirnos, en primer lugar, a los supuestos que se producen dentro del mismo campo civil. Así la ley regula expresamente casos de prejudicialidad administrativa en los números 9 y 10 del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. El primero de ellos establece como causa de resolución del contrato de arrendamiento «la expropiación forzosa del inmueble, dispuesta por autoridad competente, según resolución que no dé lugar a ulterior recurso»; el segundo, por su parte, establece también como causa de resolución de dicho contrato «la declaración de ruina de la finca, acordada por resolución que no dé lugar a recurso...». En ambos casos será precisa la concurrencia de la resolución administrativa dotada de firmeza para poder apreciar la concurrencia de la causa de resolución del contrato de arrendamiento.

Otro caso de prejudicialidad lo encontramos también en las relaciones entre la jurisdicción civil y la penal: «el delito, en cuanto tal, no produce más efecto jurídico que la pena (C. p. art. 1). De lo que puede depender el efecto civil no es del delito, sino o bien de la condena penal tomada como hecho jurídico...» (12).

Avalan esta interpretación de la sentencia el considerando primero, que estima probado que la Comisión Provincial de Urbanismo de Barcelona, en dictamen solicitado por la Comisión Provincial de Servicios Técnicos, acordó tener la licencia de obras a que nos referimos por erróneamente concedida; y en considerando quinto, al afirmar que consta en los documentos alegados como auténticos a efectos de casación, que la licencia fue erróneamente concedida.

Ahora bien, ello no puede ser considerado como definitivo para decir que la respuesta a la pregunta más arriba planteada ha de ser negativa. En primer lugar porque lo que se considera probado no es el error en la concesión de la licencia, sino que la Comisión Provincial de Urbanismo había declarado la existencia de tal error; y en segundo lugar, porque los documentos aportados como auténticos no son suficientes para otorgar a ese error la categoría de hecho jurídico, como veremos a continuación.

En efecto, para que la decisión administrativa llegue a adquirir existencia como tal hecho jurídico independiente es necesario que haya adquirido firmeza. Y ello por dos razones. La primera, lógica: sería absurdo que el juzgador civil tomase como fundamento de su resolución un aparente hecho

(12) EMILIO GÓMEZ ORBANEJA-VICENTE HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil*, vol. I, pág. 387. Madrid, 1979.

jurídico que más adelante puede resultar inexistente, según cual sea la decisión del órgano competente, bien sea administrativo, bien contencioso-administrativo.

La segunda, por analogía con lo que ocurre en los supuestos de prejudicialidad más arriba estudiados. En este sentido hemos de recordar que el artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en sus números 9 y 10, exige respectivamente «resolución que no dé lugar a ulterior recurso» y «resolución que no dé lugar a recurso». En estos casos, por tanto, no es posible dictar la resolución del contrato de arrendamiento sin que la resolución que la fundamente devenga firme, sea en vía administrativa, sea en vía contencioso-administrativa, caso de haberse interpuesto los correspondientes recursos (13). Asimismo, en la prejudicialidad penal, la suspensión del procedimiento civil continúa hasta la terminación del criminal, es decir, en aquellos casos en que exista sentencia o resolución judicial, cuando ésta sea firme (14).

Así pues, para que el acuerdo de la Comisión Provincial de Servicios Técnicos —o, en su caso, el de la de Urbanismo— pueda ser considerado hecho jurídico es preciso que haya adquirido firmeza. Y no sólo en la sentencia comentada no consta ello como hecho probado, sino que hay indicios que cuando menos hacen dudar en la concurrencia de la firmeza, al menos en la mente del juzgador; por ejemplo, cuando en el considerando séptimo se afirma que la jurisdicción contencioso-administrativa será la competente para acordar las indemnizaciones procedentes «si la licencia o autorización... fue otorgada erróneamente».

6. Si no ha sido su consideración como hecho jurídico en el sentido más arriba indicado, el fundamento de la declaración, de haber existido error en el otorgamiento de la licencia, habremos de buscar un fundamento diferente.

Una vez en este terreno parece que la única forma de apreciar la concurrencia de tal error es deduciéndola de la comparación entre la licencia concedida y la normativa urbanística vigente y aplicable. Sin embargo, y como ya ha quedado establecido más arriba, ello no es competencia de la jurisdicción civil, sino, en todo caso, de la jurisdicción contencioso-administrativa; por tanto, hemos de considerar, al menos de momento, como cerrado este camino (15).

Pero aún queda otra posibilidad por explorar, cuando nuestro Tribunal Supremo afirma «... todo ello presuponiendo el hecho admitido por ambos litigantes y por la sentencia recurrida de que la edificación cuestionada fue contraria al planeamiento urbanístico aprobado y vigente al realizarse la obra...». Se trataría en este caso de afirmar el error como hecho, pero

(13) Ello sin perjuicio de que, como prevé el mismo art. 114, núm. 10, párrafo 2.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, «cuando el peligro de ruina se declare inminente por la autoridad competente, aunque la resolución no fuere firme, podrá disponer la gubernativa que la finca sea desalojada».

(14) Cfr. arts. 114, 362 y 1.084 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(15) Cfr., otra vez, art. 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

partiendo no de la resolución administrativa o jurisdiccional, como era el caso anterior, sino de su admisión por las partes y —cara a la vinculación para el Tribunal de Casación— por la Sala de Instancia.

Hemos de distinguir, llegados a este punto, entre distintas posibilidades. En primer lugar hay que partir de que los hechos que son convenidos por las partes no necesitan prueba, según resulta el juego de los arts. 549 y 565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (16). Por tanto, si ambas partes hubiesen convenido en sus escritos respectivos —o simplemente una afirmado y la otra no negado— en que la licencia de obras fue erróneamente concedida, tanto los Tribunales de Instancia como el de Casación hubieran podido tenerlo como hecho probado, y basar sobre ello su fallo.

Pero no es sobre ese error en la concesión de la licencia sobre lo que las partes están de acuerdo, sino sobre «el hecho ... de la edificación cuestionada fue contraria al planeamiento urbanístico». En este caso el razonamiento de nuestro más alto Tribunal parecería claro: si la edificación fue contraria al planeamiento —y ello es un hecho admitido por las partes—, y se otorgó licencia para llevarla a cabo, es obvio que la licencia tuvo que ser otorgada con error. Ahora bien, nos hallaríamos no ante un hecho que le viene dado al Tribunal y con el que éste ha de contar, sino con una deducción realizada por el juzgador a partir de un hecho, de manera que la existencia de error se aprecia, no de la comparación supuesto de hecho-norma aplicable, sino supuesto de hecho a) supuesto de hecho b); y ello no obsta a que, en todo caso, la Sala haya hecho una declaración «ex novo» —existencia de error en la concesión de la licencia— que en modo alguno corresponde a ella realizar.

7. Pese a todo lo hasta ahora dicho, no somos de la opinión de que nuestro Tribunal Supremo haya procedido en esta cuestión de forma sustancialmente incorrecta. No podemos dejar de lado, a la hora de enjuiciar esta sentencia, la concurrencia de una serie de factores que hasta el momento han permanecido en un segundo plano.

En primer lugar hay que poner de relieve la escasa importancia práctica que tiene, para el caso debatido, el que haya habido o no error en la concesión de la licencia municipal de obras. En efecto, el error es traído a colación para determinar quién es el responsable de los perjuicios causados a aquella parte que, por no poder cumplir el contrato —precisamente a consecuencia de la denegación de la licencia de apertura por consideraciones meramente arquitectónicas— se ha visto demandada y condenada en el pleito. Dichos perjuicios deberán ser reclamados a la Corporación Municipal —dice la sentencia—, puesto que fue ella quien erró al conceder la licencia. Pero la respuesta no sería muy distinta en el caso en el que el error hubiera sido cometido por la Comisión Provincial de Servicios Técnicos, puesto que también en este caso respondería la Administración. Precisamente la responsabilidad nace del incumplimiento de un contrato, incumplimiento provocado por la contradicción entre dos actos administrativos, pero cualquiera que sea el ente administrativo responsable, el incum-

(16) Cfr. también, y en apoyo de esta posición, sentencia de 18 de junio de 1965.

plimiento y su causa no resultan afectados, y de ello ha de responder, en todo caso, la Administración (17).

Tampoco podemos olvidar los constantes envíos que realiza la Sala Juzgadora a la jurisdicción contencioso-administrativa en sus considerandos, afirmando su propia incompetencia y la competencia de la jurisdicción aludida —pese a algunas incursiones en el Derecho Administrativo—, muestra de que la Sala nunca perdió de vista el problema que en este comentario se suscita, y de la claridad —al menos teórica— con que aprecia cuál es su lugar en lo que al tema aquí debatido se refiere.

Somos de la opinión de que el Tribunal Supremo obró, tratándose de un aspecto no decisivo para la resolución del fondo del asunto, con los datos de que disponía, de los que se podía deducir, con fuerte evidencia (y a nivel fáctico), la existencia de error en la concesión de la licencia municipal de obras, y sin prejuzgar ni vincular en ninguna forma la resolución que la jurisdicción contencioso-administrativa pudiera tomar en su día respecto de los aspectos administrativos de la cuestión. Y también, abundando en lo antedicho, hemos de mostrarnos de acuerdo con la solución encontrada por el juzgador, precisamente por la escasa relevancia del tema debatido, pero sin que pueda ser admisible la extensión de esta forma de actuar a supuestos de mayor consideración.

8. Vamos a finalizar ya este breve comentario. Es verdad que, como acabamos de señalar, la importancia tanto del tema en sí como de la concreta declaración del Tribunal Supremo en lo que al caso ventilado se refiere, es muy pequeña. Pero precisamente ello nos permite que nos demos mejor cuenta de los peligros que presenta la actual situación en torno a la prejudicialidad administrativa. Ello podría provocar la existencia de graves contradicciones e injusticias en el ejercicio de una función que por su propio fin, recibe el nombre de Administración de Justicia. El problema existe, y se dará cada día con mayor frecuencia, y no podemos culpar al Tribunal Supremo si, para obtener resultados de justicia, deja un poco de lado la letra para atenerse al espíritu del Derecho.

(17) Naturalmente, ello siempre y cuando sea apreciable la existencia de tal responsabilidad, de acuerdo con lo establecido por el art. 232 de la Ley del Suelo (en una primera lectura aplicable tan sólo después de la anulación de la licencia) o el más amplio y general art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Dejamos de lado, por no ser de interés directo para este comentario, la posibilidad de apreciar en el particular que no solicitó la licencia de apertura previamente a la de obras, la concurrencia, cuando menos de negligencia.

II. SENTENCIAS

A cargo de: José BONET CORREA, Antonio CABANILLAS SANCHEZ, Luis Francisco J. CORTES DOMÍNGUEZ, Jesús DIEZ DEL CORRAL, Pedro ELIZALDE Y AYMERICH, Gabriel GARCÍA CANTERO, María Angeles MANZANO CEJUDO y Cándido PAZ ARES.

I. DERECHO CIVIL

1. Parte General

1. *Doctrina de los actos propios.*—Los actos propios, para ser tenidos como expresión del consentimiento, han de ser realizados con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo inalterablemente la situación jurídica del autor de los mismos, como así tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala.

Prueba de los actos propios.—Para poder razonar si tales actos pueden tener la eficacia que la doctrina jurisprudencial les atribuye es preciso que aparezcan plenamente probados, todo lo cual obliga a desestimar el motivo.

Error de derecho en la apreciación de la prueba.—Se da cuando se infringe un precepto legal valorativo de determinado medio probatorio, no reconociendo a éste la eficacia que la ley le otorga, lo que necesariamente supone el tener que citar, de modo directo, expreso y concreto, la norma valorativa infringida y el concepto en que lo hubiese sido.

Interpretación del contrato.—Lo que está impugnado es la interpretación que la Sala sentenciadora hace de dicho pacto contractual, pretendiendo así que su interesado y subjetivo criterio prevalezca frente al más autorizado, objetivo e imparcial de dicho Tribunal, lo que no es lícito, ya que para combatir con éxito tal interpretación era preciso hacer la impugnación sobre la base de ser esa interpretación ilógica o absurda por haberse vulnerado alguna de las normas de interpretación contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código civil. (Sentencia de 9 de octubre de 1981; no ha lugar.)

NOTA.—El profesor Díez-PICAZO («La doctrina de los propios actos», Barcelona, 1963, pp. 110-124), que ha analizado ampliamente la doctrina de los propios actos, expone y comenta los presupuestos de aplicación de la regla «adversus factum suum quis venire non potest» en nuestra jurisprudencia, entre los que cita el que ahora aparece en la sentencia que anotamos. Estima que no es claro el sentido de la siguiente afirmación jurisprudencial: «Los actos contra los cuales no es lícito accionar, a quien los ha ejecutado, son aquellos que, por su carácter trascendental o por constituir convención, causan estado definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor». Fue declarado para decidir que no va contra sus propios actos el legitimario

que solicita el suplemento de legítima, tildando de inexacto un anterior avalúo de la herencia. El demandante, entendió el Tribunal Supremo, podía exigir la determinación y valoración exacta de los bienes que integraban la herencia, a pesar de este avalúo anterior (Sentencia de 7 de diciembre de 1896, anotada en las pp. 286-287 de la monografía citada). Mas para decir esto, apunta Díez-PICAZO (p. 117), siguiendo el método de las generalizaciones abstractas, consigna la frase transcrita que no puede por menos de ocasionarnos alguna perplejidad.

Los actos, que no pueden contradecirse, son aquellos que «causan estado definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor». La expresión «actos que causan estado» parece tomada de la terminología administrativa. En vía administrativa «causa estado» un acto cuando es definitivo e inmodificable, cuando crea un estado de cosas inalterable. Pero con ello estamos, seguramente, introduciendo lo definido en la definición y, nuevamente, girando en torno a la misma idea.

Tampoco es claro el sentido de la expresión «definir una situación jurídica». El acto, además de definitivo, ha de ser definidor. Definir es aquí revelar la actitud de la persona respecto a la situación jurídica. Si el acto ha revelado una actitud de la persona respecto a la situación jurídica, la persona no puede en el pleito tomar una actitud distinta.

Estos actos que causan estado y que definen de manera inalterable la situación jurídica de su autor son de dos tipos, según que, a) tengan «carácter trascendental o b) constituyan «convención». Con ello llegamos ya a la máxima inconcreción, pues atribuir a un acto «carácter trascendental» es algo sumamente difícil. Trascendencia se entiende vulgarmente como importancia o gravedad de un hecho, de un acontecimiento o de un asunto. Fuera de ello, intentar aquilatar en qué consiste esta trascendencia es punto menos que imposible.

Sobre el carácter trascendental ha insistido el Tribunal Supremo en otras ocasiones. En general, se dice que los actos propios han de ser consentidos con pleno conocimiento y que, por ello, «la opinión errónea del propio derecho no puede servir de base para atribuir a los actos que de ella se derivan *carácter trascendental*. La idea es importante: la persona no queda vinculada por aquellos actos que realizó por error acerca del alcance del propio derecho. Si este error se sufrió, puede luego venirse contra los actos propios, cualquiera que fuera su naturaleza.

A. C. S.

2. *Principio de buena fe. Aplicación en la esfera procesal.*—No hay que olvidar el instrumento jurídico que el legislador, al reformar el Título preliminar del Código civil, proporcionó a los jueces y Tribunales para que introdujeran en la solución de los litigios un principio fundamental del Derecho como es el de la buena fe en sentido objetivo (art. 7, 1 del Código civil), es decir, el de una norma que en su profundo sentido obliga a la exigencia, en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por los valores de la *honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y ateniimiento* a las consecuencias que todo acto consciente y libre pueda provocar en el ámbito de la confianza ajena, exigencia que es aplicable, aún más si cabe, en la esfera procesal.

Recurso procesal. Aplicación del artículo 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.—El litigante que, para ahorrarse el tiempo y trámite del recurso especial de audiencia al rebelde, pide la notificación personal de la sentencia al demandado, no obstante haberseles notificado por edictos en el «Boletín Oficial de la Provincia», ha de atenerse a las consecuencias de sus actos —«*periculum et commodum*»—, es decir, a todas, tanto a las favorables

como a las adversas, y que es justo que no pueda ahora impedir que el demandado haga uso del derecho que le concede el artículo 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, el de recurrir en apelación de la sentencia que le ha sido notificada personalmente, porque esta notificación, ulterior a los edictos, hace renacer por acto propio del demandante el derecho del notificado en esa forma y purga su inactividad al no haber recurrido luego de la notificación por los edictos. (Sentencia de 8 de julio de 1981; ha lugar.)

NOTA.—Para nuestro Tribunal Supremo, es claro que la Sala de Instancia no debió negar al apelante su derecho al recurso, interpuesto de acuerdo con lo autorizado por el artículo 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto que al haber sido infringido en la forma denunciada, provoca la estimación del motivo que se estudia y con él la del recurso.

3. *Causa ilícita. Cuestión de hecho.*—Si la conceptualización jurídica de la causa es cuestión susceptible de ser revisada en casación, no hay que olvidar que es facultad peculiar de los Tribunales de Instancia la estimación de los elementos de hecho sobre los cuales ha de basarse la deducción y declaración relativas a la existencia de la causa, y en su caso, a su falsedad o ilicitud, pudiendo únicamente impugnarse con éxito el criterio de la Sala «a quo» si se demuestra error de hecho.

Causa ilícita.—Ha quedado probado que la intención de los contratantes, al celebrar entre ellos y a espaldas del arrendatario del local de negocio, la estipulación discutida fue suplantar a éste en esa posición de arrendatario, considerando unilateralmente ineficaz el contrato de traspaso anteriormente convenido con el arrendatario preterido, de modo que tal desplazamiento ilícito de éste, facilitado por su fallecimiento sin herederos que defendiesen su posición, se constituyó en motivo determinante del contrato, en el que entre otras ventajas como la de ser arrendatario «ab initio» obtenía el actual recurrente la de pagar al arrendador una cantidad muy inferior a la que se había obligado a pagar por el traspaso al arrendatario desplazado; todo lo cual demuestra la causa ilícita plasmada en el propósito de los contratantes de perjudicar a tercero en beneficio propio, revistiendo el convenio en su totalidad un matiz inmoral. (Sentencia de 19 de mayo de 1981; no ha lugar.)

3. Obligaciones y contratos

4. *Contrato de compraventa de inmueble. Incumplimiento. Intereses. Indemnización de daños y perjuicios. Lucro cesante.*—Se condena a pagar al comprador un millón de pesetas, más los intereses legales, desde el momento de la interposición de la demanda, más el pago de los daños y perjuicios ocasionados al actor por el incumplimiento del contrato, a que la demanda se refiere, que serán fijados en ejecución de sentencia. Estos daños y perjuicios comprenden el aumento de valor experimentado por la finca adquirida desde la fecha de su compra, diferencia de valor que constituye el lucro

cesante o ganancia dejada de percibir por el actor, si bien su cuantía habrá de fijarse en ejecución de sentencia sobre la base de dicha diferencia de valor. (Sentencia de 5 de diciembre de 1980.)

NOTA.—En el presente hecho conflictivo, constitutivo de un contrato de venta de un inmueble, el vendedor no recibe el precio, ni el valor en que debe ser tasada la mitad de la finca vendida. Pasado el tiempo, a través de una serie de recursos interpuestos por el comprador, la finca se eleva de valor, al mismo tiempo que se advierte la depreciación de la moneda. Ante el incumplimiento del comprador por la no entrega del precio, el vendedor, en base al artículo 1.124 del Código civil, opta por exigir el cumplimiento con el resarcimiento de daños y perjuicios y el abono de intereses.

En vista de que, según el artículo 1.106 del Código civil, la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, el juzgador estima para este caso que el deudor realice: a) El pago de la cantidad líquida debida, «más sus intereses legales» desde el momento de la interpelación por el acreedor con su demanda (art. 1.108); b) La indemnización de daños y perjuicios que implica el «aumento de valor experimentado por la finca adquirida desde la fecha de su compra», ganancia dejada de percibir por el vendedor o «*lucrum cessans*» (SS. 28 enero 1961 y 17 marzo 1964) y ganancia para el comprador sin causa justificada (SS. 2 julio 1946 y 27 abril 1947), ya que todavía no había cumplido con las obligaciones derivadas del contrato de compra, cuales eran el pago total del precio de la finca vendida o la opción de la entrega del valor de la mitad de dicha finca (art. 1.124 C. c.). De aquí que no se esté solamente ante un supuesto del artículo 1.108 del Código civil, de falta de entrega o incumplimiento de dar una cantidad de dinero, sino también del incumplimiento de una deuda de valor, la derivada de un acto posterior o de valoración de la finca, que no se hizo por cometer una dilación morosa o dolosa (art. 1.101 del Código civil). (Cfr. mi estudio: «La indemnización por mora en las obligaciones pecuniarias», en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XXXII-2/3, 1979, pp. 371 ss.).

J. B. C.

5. *Voluntad rebelde al pago*.—Se acredita por la cesación en el pago de las letras presentadas al cobro. Así como, por la persistencia en la situación de incumplimiento, ni siquiera alterada por el acto de conciliación previo al juicio.

Documentos auténticos.—No tienen el carácter de auténticos los documentos que fueron examinados y valorados en la Instancia.

Valoración de las pruebas.—Es facultad privativa del Juzgado o Tribunal la valoración de las pruebas, debiendo ser respetados sus resultados, en tanto no se demuestre que el juzgador incurrió en error de hecho.

Apreciación conjunta de la prueba.—No es lícito en casación desarticular y combatir el resultado de la apreciación conjunta de la prueba, por la alegación aislada de uno de sus elementos integrantes, al objeto de acusar al juzgador de haber incidido en infracción.

Extemporaneidad e insuficiencia del ofrecimiento de pago.—Estas circunstancias concurren en el accionante por no efectuar el pago del precio en las fechas del contrato, por no haber tratado de seguir cumpliendo las obligaciones como comprador, presentando demanda transcurridos casi siete años del último abono. Así como por haber dejado impagada una cambial oportunamente presentada.

Consignación.—Aunque se sienta por la doctrina la innecesariedad de ésta a efectos de la aplicación del artículo 1.124 del Código civil, se presume siempre la existencia de un ofrecimiento previo. (Sentencia de 14 de mayo de 1981; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante insta juicio declarativo de derechos, solicitando que se le declare propietario del inmueble objeto del litigio y la elevación a escritura pública del contrato privado de compraventa por él celebrado con la ahora demandada. Quien a su vez en demanda de reconvencción pide se declare la resolución del citado contrato de compraventa.

El Tribunal de Primera Instancia estima la demanda inicial y desestima la reconvencción presentada por la parte demandada. La Audiencia Territorial acoge el recurso de apelación y revoca la sentencia del Tribunal de Instancia, declarando haber lugar a la reconvencción con la consiguiente resolución del contrato de compraventa.

M. A. M. C.

6.—*Inexistencia de voluntad rebelde al pago.*—Se considera que no existe voluntad rebelde al pago, cuando la falta de éste es debida a causas ajenas a la voluntad de la persona obligada, tales como el ingreso en prisión, o el haber dejado de ser titular del bien cuestionado por embargo decretado en proceso con la consiguiente subasta y adjudicación a otra persona.

Error de hecho.—Estará defectuosamente planteado el error de hecho, cuando para ampararlo se invocan documentos que no tienen la condición de auténticos por haber sido examinados y valorados en la Instancia.

Error de derecho.—Serán intrascendentes aquellos errores de derecho que afecten a declaraciones complementarias o accesorias de la principal. (Sentencia de 9 de abril de 1981; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora, una sociedad inmobiliaria, insta la resolución por falta de pago del contrato de compraventa suscrito con el demandado, en virtud de la cláusula resolutoria establecida en el mismo a tal efecto. Para ello, junto con el inicial comprador, demanda a los herederos de la esposa de éste y al adjudicatario del piso objeto del litigio, en subasta celebrada por el correspondiente Juzgado de Instrucción, como consecuencia de las actuaciones practicadas en pieza de responsabilidad civil frente al inicial comprador, condenado en juicio por el parricidio de su esposa.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Territorial confirma la decisión del Tribunal de Instancia.

M. A. M. C.

7. *Incumplimiento de contrato. Requisitos.*—No es posible incluir en las consecuencias de la contravención contractual genérica, a que se refiere el artículo 1.101 del Código civil, a las simples irregularidades que no sean constitutivas de frustración definitiva del interés de las partes, salvo que exista resistencia contumaz y deliberadamente rebelde al recto cumplimiento, lo cual no ha ocurrido en el presente caso, pues la liquidación de las obras fue realizada, aunque tardíamente, y la exlimitación en tales obras debe dar lugar solamente a un reajuste de partidas y cuentas.

Aplicación analógica de normas. Requisitos.—Con arreglo al preámbulo del Decreto modificador del Título Preliminar del Código civil y su texto positivo (art. 4, p. 1), es condición precisa para la aplicación analógica que el supuesto específico carezca de regulación normativa, lo cual no sucede en

el supuesto litigioso, que se encontraba suficientemente normado, en cuanto a los intereses de los contratantes por el contrato, que es «lex inter partes», sea cualquiera su naturaleza típica o atípica. (Sentencia de 7 de enero de 1981; no ha lugar.)

P. E. A.

8. *Pena convencional y dinero de arrepentimiento.*—No puede liberarse de la obligación con el pago de la cantidad fijada como pena, ya que carecía de la facultad para eximirse de la prestación objeto de aquélla, conforme establece el artículo 1.593 del Código civil, pues en el contrato no se le reservó expresamente ese derecho y, por ello, el demandado recurrido carecía de facultad de elegir entre cumplir la obligación o satisfacer la pena, de todo lo cual deriva la infracción por la Sala sentenciadora de los preceptos legales que, como vulnerados, se alegan en el motivo, el cual, por ello, ha de ser acogido, ya que la sentencia recurrida ha infringido la ley del contrato y ha dejado al simple arbitrio del deudor la validez y cumplimiento de lo en él estipulado.

Documento auténtico.—Es reiteradísima la doctrina jurisprudencial de esta Sala que no pueden esgrimirse como auténticos, a efectos de casación, los documentos que han sido objeto de discusión en el debate y de resolución en la sentencia, por cuanto en torno a ellos se produjo la controversia litigiosa.

Interpretación del contrato.—Esa interpretación no cabe tomarla en consideración al no haberse llevado a efecto por la vía adecuada, que es la del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 20 de junio de 1981; ha lugar.)

HECHOS.—Se discute si el deudor está facultado para liberarse de la obligación que le incumbe, bien entregando las viviendas, bien satisfaciendo la suma estipulada como pena por incumplimiento e indemnización de daños y perjuicios. La Audiencia Territorial admite que el deudor queda liberado por el pago de la pena. Frente a este fallo prospera el recurso de casación.

NOTA.—El Tribunal Supremo acepta el razonamiento del recurrente, que debido a su interés vamos a transcribir: «Tratándose de una verdadera obligación con cláusula penal, el demandado, ahora recurrido, no estaba facultado para, a su elección, liberarse de la obligación que le incumbía, bien haciendo entrega de las viviendas y locales, bien satisfaciendo la suma estipulada como pena por incumplimiento e indemnización de daños y perjuicios, pues no cabe confundir la obligación con cláusula penal con la obligación alternativa, a la que se refiere el artículo 1.131 del Código civil, toda vez que en la obligación con cláusula penal el deudor debe la prestación objeto de la obligación principal, mientras que en la obligación alternativa el cumplimiento puede recaer sobre una de entre varias prestaciones, y en el caso objeto del recurso es visto que no se concedió al demandado la facultad de elegir entre cumplir la obligación principal —entrega de viviendas y locales— o la pena —satisfacción de tres millones de pesetas—, siendo solamente los recurrentes quienes podían optar, una vez transcurrido el plazo señalado sin haber hecho dicha entrega, entre exigir esa cantidad, como indemnización de daños y perjuicios, o conceder una prórroga concreta para que el cumplimiento de tal obligación se llevase a efecto».

A nuestro juicio, la decisión del Tribunal Supremo, que se apoya en el citado razonamiento del recurrente, es correcta, siempre que se haya acordado una auténtica pena convencional (arts. 1.152 y siguientes del Código civil) y no una facultad alternativa, que surge cuando el deudor se reserva

el derecho de elegir entre cumplir la prestación principal o pagar el dinero de arrepentimiento (cfr. Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 1972, p. 575).

El problema que, en realidad, late en la sentencia no es otro que determinar si las partes han establecido una genuina pena convencional o si, por el contrario, se adoptó la denominada pena de arrepentimiento. Nuestro Tribunal Supremo parte de la base de que se estableció una pena convencional, porque en el contrato no se reservó al deudor la facultad de liberarse de la obligación con el pago de la cantidad fijada como pena. Ante la inexistencia de un acuerdo en favor de la pena de arrepentimiento, sólo cabe admitir la pena convencional, según se intiere del artículo 1.153 del Código civil. El Tribunal Supremo señala, en la sentencia que anotamos, que el deudor no se reservó en el contrato la facultad del pago de la pena de arrepentimiento, con lo que, a nuestro entender, alude simplemente a la necesidad de que exista un pacto de las partes para que el deudor disponga de la referida facultad. Nos parece importante destacar que el adverbio «expresamente», que figura en el artículo 1.153 del Código civil, no debe entenderse como necesaria constancia documental, sino, más bien, como acuerdo de las partes en favor de la pena de arrepentimiento, que podrá probarse por cualquiera de los medios admitidos en Derecho. La carga de la prueba pesará sobre el que alegue la existencia del pacto. El adverbio «expresamente» es equivalente a «claramente», como se deduce, a nuestro juicio, del propio artículo 1.153 del Código civil, donde se utilizan los citados adverbios, aunque en supuestos distintos, si bien tiene una mayor trascendencia para las parte el segundo supuesto, donde aparece el adverbio «claramente».

A. C. S.

9. *Preferencia de los créditos anotados preventivamente en el Registro. Régimen jurídico.*—Los créditos anotados sólo tienen preferencia sobre créditos posteriores, como señala el artículo 1.923, núm. 4 del Código civil, pues la anotación preventiva de embargo no da al acreedor que la obtiene preferencia alguna respecto de otros anteriores, ya que no crea ni declara ningún derecho, ni altera la naturaleza de las obligaciones, ni convierte en real o hipotecaria la acción que anteriormente no tenía este carácter, ni produce otro efecto que el de que el acreedor que la obtenga sea preferido en cuanto a los bienes anotados sólo, respecto a los otros acreedores que tengan contra el deudor otro crédito contraído con posterioridad a la anotación.

Irrelevancia de la anotación preventiva frente a créditos anteriores.—La anotación no puede servir de base a preferencia alguna del crédito anotado sobre el del tercerista, que data de fecha anterior a la de la anotación, la cual no puede hacer prevalecer su rango registral frente a otros créditos anteriores no anotados o que lo fueren con posterioridad; criterio aplicado por la Sala de instancias que no declara la preferencia del crédito hipotecario, sino la de uno que consta en escritura pública de fecha anterior a la anotación preventiva. (Sentencia de 19 de octubre de 1981; no ha lugar.)

ANTECEDENTES.—En 14 de julio de 1975 se otorgó escritura pública concediéndose un préstamo, en garantía del cual se constituyó hipoteca sobre tres fincas urbanas, que fue inscrita el 12 de febrero de 1976, tras haber sido presentada en el Registro de la Propiedad el día 2 de diciembre de 1975. Promovido, por otra parte, juicio ejecutivo, se embargaron al mismo deudor hipotecario dos fincas urbanas, una de las cuales era de las hipotecadas, anotándose el embargo el día 1 de diciembre de 1975. El prestamista interpuso tercería de mejor derecho.

NOTA.—Este tema, con especial examen de supuestos de hecho semejantes al planteado aquí, se trata en profundidad por A. Ipiens Llorca: Anotaciones de embargo e hipotecas, en Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1974, págs. 24 y sig.

P. E. A.

10. *Documento auténtico.*—Para que un documento sea auténtico a efectos de casación precisa ostentar los requisitos necesarios para su legitimidad o, lo que es igual, hallarse extrínsecamente legitimado, lo que no puede decirse que ocurra con las copias, y máxime habiéndose incorporado algunas a las actuaciones en trámites que no toleraban tales, como el de presentación del escrito de conclusiones en Primera Instancia.

Documento como base para apreciar la existencia de un error de hecho.—No hay que confundir el carácter público del documento y su autenticidad a los fines procesales de apoyar un error de hecho, ya que en este último caso es preciso que en el documento aparezca demostrado de modo irrefutable un hecho absolutamente contrario a las afirmaciones del juzgador de la instancia, demostrativo por sí mismo de la equivocación sufrida. Equivocación que debe aparecer con evidencia y directamente, sin necesidad de acudir a interpretaciones o deducciones más o menos lógicas.

Insolvencia.—Deberá apreciarse la insolvencia del deudor como presupuesto para el ejercicio de la acción Pauliana en el tiempo en que la enajenación fraudulenta tuvo lugar.

Ejercicio acción revocatoria.—Es posible plantear la acción revocatoria aún antes del nacimiento del crédito, cuando éste era conocido y había de tener próxima y segura existencia posterior.

Existencia de fraude.—La apreciación del fraude es una mera cuestión de hecho y de apreciación libre por los tribunales. Pudiéndose probar su existencia por medios distintos a los establecidos en el artículo 1.297 C. c.

Certificaciones de descubierto.—No se precisa en derecho que a la certificación se siga la notificación de embargo, ya que aquélla tiene la misma fuerza ejecutiva que la sentencia judicial para proceder contra los bienes y derechos de los deudores. (Sentencia de 2 de marzo de 1981; no ha lugar.)

Hechos: El abogado del Estado ejercita acción Pauliana o revocatoria de una compra-venta de finca rústica por haber sido realizada en fraude de Hacienda.

El Tribunal de Primera Instancia estima la demanda y declara la revocación del contrato. La Audiencia Territorial confirma la sentencia de Primera Instancia.

11. *Precontrato. Eficacia.*—Mediante el recurso práctico del precontrato las partes someten la eficacia plena del convenio a la concurrencia de determinadas circunstancias o al transcurso de un período de tiempo, que se fijan, pues, como presupuestos no de la esencial vinculación contractual ya acordada y consentida, sino de su eficacia y puesta en vigor inmediata, que dejan diferida, como ya tuvo ocasión de señalar esta Sala para los supuestos de promesa de compra y venta.

Calificación de cláusula contractual.—El establecimiento de un plazo o subordinación de la eficacia contractual a un momento futuro, aunque indeterminado, se olvida por el Juzgador de Instancia al calificar la cláusula convertida como una condición potestativa. (Sentencia de 30 de diciembre de 1980; ha lugar.)

Hechos: Los interesados suscribieron en 1974 un documento privado por el cual una de las partes se comprometía a vender a la otra un piso «en el momento en que lo deje libre». Ambas partes se comprometían a celebrar en dicho tiempo el contrato definitivo. En concepto de arras la compradora entregó 20.000 pesetas, «que se considerarán pago anticipado».

NOTA: La doctrina sobre el precontrato plasmada en esta sentencia ya fue acogida por el Tribunal Supremo en Sentencias de 1 de julio de 1950, 21 de diciembre de 1955, 2 de mayo de 1959, 21 de febrero de 1969 y 11 de noviembre de 1969. En este mismo sentido, véase: F. de Castro, «La promesa de contrato», en A. D. C., año 1950, págs. 1134 y sigs.

P. E. A.

12. *Interpretación de documentos. Escritura pública posterior a documento privado. Valor de los antecedentes.*—Es doctrina legal que si bien para juzgar de la intención de los contratantes ha de atenderse «principalmente» a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato, ello no excluye a los actos anteriores que puedan contribuir a la acertada investigación de la voluntad de sus otorgantes (S. 30 marzo 1974), siendo indudable que entre tales elementos interpretativos podrá tener importancia muy relevante la conexión que el acto o negocio guarde con otros que le hayan servido de antecedente o base legal, siempre que la parte contra la cual se esgrima esta norma interpretativa haya tenido, o debido tener, oportuno conocimiento de ello (Sentencia 28 septiembre 1965); por todo ello no puede concluirse, como hace la sentencia recurrida, que al no reflejarse en el instrumento público particional el contenido íntegro de lo consignado en el documento privado, éste quedó carente de toda virtualidad y eficacia, pues para ello se hubiera requerido, o bien que las obligaciones contraídas en el instrumento público fueran absolutamente incompatibles con las estipuladas en el documento privado de fecha anterior, o bien que el instrumento notarial contuviera una derogación expresa de aquéllas, y al no haber ocurrido así es de rigor interpretar el alcance del documento posterior en fecha en relación con sus antecedentes, significados por claros actos de los contratantes anteriores a su otorgamiento.

Denegación de la casación si el fallo tendría que ser idéntico, aunque basado en otros razonamientos.—Según SS. de 30 septiembre y 27 diciembre 1976, 25 febrero y 20 octubre 1954 y 11 marzo 1952, procede denegar la casación en todos aquellos casos en que, cometida en la fundamentación del fallo alguna infracción ilegal, tiene base para mantenerse por otros razonamientos jurídicos, no procediendo dar lugar a 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 25 de marzo de 1981; no ha lugar.)

NOTA: La posibilidad de que los interesados utilicen la documentación privada y la pública, con estipulaciones no coincidentes, que tan parca regulación tiene en nuestro C. c., ha obligado a la jurisprudencia a matizar y precisar una abundante casuística, de la que es buen ejemplo el supuesto contemplado en esta sentencia. En previo documento privado se adjudica un inmueble a dos de las herederas en pleno dominio, con la obligación de enajenarlo antes de determinada fecha, atribuyéndose del precio obtenido la cantidad de 400.000 pesetas a cada una de dichas hermanas, repartiéndose el resto entre los cinco hijos de la causante, autorizándose la venta a uno de ellos con la previa conformidad de sus hermanas mencionadas. Pero en escritura pública posterior, la adjudicación de la plena propiedad de la finca en cuestión se hace incondicionadamente a las dos citadas hermanas. El T. S. considera inadecuada la interpretación del Tribunal *a quo* al entender que el contenido del documento privado ha quedado ineficaz en virtud de la escritura pública posterior, sosteniéndose que esta última debe ser completada por aquél. Pero como el consentimiento para la venta debe ser dado por dichas herederas y es acto personalísimo, el recurso se desestima al haberse planteado mal el suplico de la demanda, que solicitaba la venta en pública subasta, y no la indemnización de perjuicios.

(G. G. C.).

12 bis. *Interpretación contractual. Términos claros.*—Para poder entender producida violación, por no aplicación, del artículo 1.281, párrafo 1.º, del Código civil, se precisa que en el contrato exista claridad que no deje duda sobre la intención de los contratantes, que en el presente caso impone entender realizado un arrendamiento de obra con aportación de material, no una compraventa. (Sentencia de 27 de marzo de 1981; no ha lugar.)

13. *Recurso de casación. Requisitos formales.*—Es reiteradísima la doctrina jurisprudencial en el sentido de que la invocación, dentro de un mismo motivo, de dos conceptos de infracción distintos, interpretación errónea y aplicación indebida, referidos a un mismo precepto, es incompatible con la claridad y precisión exigida por el artículo 1.720 de la Ley Procesal.

Doctrina jurisprudencial. Necesidad de más de una sentencia.—No existe doctrina jurisprudencial que ampare la pretensión del recurrente cuando éste no puede amparar su tesis casacional más que en una sola sentencia.

Nulidad de contrato. Alcance de las restituciones recíprocas consiguientes. Debe reintegrarse al comprador lo que hubiera abonado, lo que comprende la devolución del precio y sus intereses, así como todos los gastos como los de escritura, inscripción registral e Impuesto de Plusvalía, sin que sea precisa, para ello, una declaración de mala fe atribuible a la otra parte. (Sentencia de 19 de junio de 1981; no ha lugar.)

14. *Arras penitenciales.*—Tienen un carácter excepcional, que exige, para surtir el efecto que el artículo 1.454 del Código civil les atribuye, que conste su establecimiento de manera clara y evidente (Sentencias de 22 de octubre de 1954 y 15 de octubre de 1956), siendo en todo caso de interpretación estricta las cláusulas contractuales que a ellas (a las arras) se refieran (Sentencias de 1 de abril de 1958 y 8 y 20 de mayo de 1967, entre otras. (Sentencia de 20 de octubre de 1981; no ha lugar.)

Hechos.—En presencia de un contrato de compraventa de una parcela se cuestiona si se cumplen los presupuestos de aplicación del artículo 1.454 del Código civil. La Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo afirman que la suma de un millón de pesetas que el comprador entregó al vendedor, no lo fue cumpliendo alguna de las funciones asignadas a las arras, sino simplemente de un pago parcial del precio, lo que determina que no sea aplicable el invocado artículo 1.454 del Código civil.

15. *Compraventa. Pago por entrega de letras de cambio. Resolución por incumplimiento.*—Habiendo sido convenido por los contratantes que la recepción por el vendedor de las letras de cambio reseñadas en el propio contrato, no representa el pago del precio aplazado, sino «la forma en que el mismo ha de efectuarse a sus respectivos vencimientos», por lo que tales letras aun siendo negociadas por el librador «sólo producirá los efectos del pago cuando hubieran sido hechas efectivas por el vendedor», tal cláusula sólo ratifica la aplicación del artículo 1.170 C. c. y por consiguiente, tanto aquella cláusula como el párrafo 2.º de este precepto sólo podrán excluirse de su aplicación a la relación contemplada a través de una declaración terminante de los interesados de haber sido emitidas con fines novatorios de la obligación de pago, o al menos con la constatación indudable de que tal obligación de pago es enteramente incompatible con la nacida de las letras de cambio; en otro caso, la entrega y recepción de letras de cambio en la compraventa sólo opera dejando en suspenso, hasta su efectiva realización, la acción derivada de la primitiva obligación. (Sentencia de 17 de marzo de 1981; no ha lugar.)

16. *Compraventa de inmueble con pacto de reserva de dominio. Precio aplazado. Cláusula expresa de resolución por incumplimiento. Pago parcial durante la tramitación de la apelación.*—La circunstancia de que el comprador haya abonado dos de las letras pendientes durante la tramitación de la apelación no enerva la acción de resolución intentada, dado que se trata de un pago extemporáneo, al no permitirlo el artículo 1.504 C. c., que impide otorgar al comprador nuevo término, no siendo posible que mediante el pago de una suma muy inferior a la cantidad realmente debida en el momento de hacerla pueda quedar excluida la resolución del contrato; en resumen, el supuesto pago parcial queda ineficaz, no sólo por no acreditarse que lo aceptara el vendedor, sino por no ajustarse a las reglas del pago, al no haberse realizado oportunamente, ni completamente la prestación en que la obligación consistía.

Naturaleza del requerimiento del artículo 1.504 C. c.—El requerimiento de que habla este precepto no se refiere al pago del precio convenido, sino a que se allane el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculos a este modo de extinción, requisito cumplido con el acto de conciliación donde pudo el vendedor citar al comprador manifestando la voluntad de resolver el contrato, lo que no obsta a que dicho acto de conciliación sirva de requisito para interponer la demanda conforme al artículo 460, párrafo 1.º, L. E. C. (Sentencia de 10 de abril de 1981; no ha lugar.)

Reiteración de la doctrina jurisprudencial acerca de la naturaleza jurídica del requerimiento ex artículo 1.504 C. c., sobre el cual vid GARRCÍA CANTERO, *Comentarios a los artículos 1.445 a 1.541 C. c.* (Madrid, 1980), págs. 430 ss.

17. *Compraventa a carta de gracia o «empenyament».* *Causa del contrato.* Una compraventa de tal naturaleza no se desvirtúa en su esencia y carácter jurídico por tener su causa sustentadora en un préstamo, puesto que éste es lo que le da vida y la configura, sin que pueda revelar causa falsa, sino la que, en realidad, se consideró por los contratantes.

Compraventa a carta de gracia. Aplicabilidad de la Ley de represión de la usura.—El contrato de compraventa a carta de gracia puede ser declarado usurario por los Tribunales, según la normativa del artículo 4 de la Ley de 23 de julio de 1908, pero, para posibilitar la nulidad del contrato en cuestión con base en el párrafo 1.º del artículo 1 de la citada Ley, se habría precisado que así se hubiese solicitado en el juicio determinante del presente recurso.

Congruencia. Alcance del principio.—La solicitud con base a un módulo cuantitativo no procedente, posibilita la concesión de un módulo cuantitativo inferior que proceda, en aplicación del criterio lógico de que quien solicita lo más más implícitamente lo está también haciendo de lo menos. (Sentencia de 8 de octubre de 1981; ha lugar.)

18. *Contrato de arrendamiento. Eficacia e interpretación.*—El contrato es ley primordial, tanto para los contratantes como para el Juzgador que ha de aplicarlo, por ello las obligaciones dimanantes del mismo han de cumplirse a su tenor. En particular la cláusula de revisión de renta controvertida establece de manera clara y expresa que dicha revisión ha de hacerse sólo sobre la renta contractual, única susceptible de revisión. (Sentencia de 30 de enero de 1981; ha lugar.)

19. *Aparcería. Extinción por muerte del aparcerero. Falta de prueba de la subrogación del contrato.*—No se acredita que la propietaria, ni antes ni después de la muerte del aparcerero titular, hubiera consentido expresamente la subrogación alegada, pues la único que aceptó la dueña fue la continuación por el hijo del aparcerero de las labores materiales de cultivo, dada la incapacidad de éste para las labores agrícolas.

Renuncia a la Acción.—Es doctrina sabida que para que de los actos o hechos de las partes pueda inferirse una vinculación jurídica, aquéllos han de ser inequívocos, terminantes y concluyentes, y en materia de muerte del aparcerero la S. de 2 abril 1980 declaró que la renuncia a la rescisión del contrato por parte del dueño no puede inferirse del hecho de haberse satisfecho la porción de frutos correspondientes, por constituir ello abono de contraprestación en tanto prosiga la posesión del aparcerero o sus herederos. (Sentencia de 7 de abril de 1981; no ha lugar.)

20. *Responsabilidad solidaria de los profesionales de la construcción.*—Si no cabe desconocer que cuando las respectivas responsabilidades personales en atención a la específica función asignada están perfectamente delimitadas

por determinación del vicio que origina la defectuosa construcción, éstas revisten carácter o naturaleza mancomunada y no solidaria, debiendo, por tanto, exigirse a cada uno de ellos la parte de responsabilidad que les afecta, tanto conforme a lo dispuesto en el artículo invocado (artículo 1.137 del Código civil) como en el artículo 1.591 del propio Código, no es menos cierto que conforme a la doctrina de esta Sala, cuya notoriedad exime de una innecesaria cita de sentencias, la de que, cuando resulta imposible discernir las específicas responsabilidades de técnicos y contratistas en el resultado de la obra defectuosa, por desconocer o involucrarse los vicios determinantes de tal irregularidad, de modo que hace imposible una específica condena de los mismos, se entiende que esta responsabilidad lo es solidaria, la que además tiene su apoyo legal en el artículo 1.138 de dicho Código, pues indiscutiblemente del texto de la obligación que la Ley establece —artículo 1.591— resulta su existencia.

Aplicación del artículo 1.591 del Código civil al aparejador o arquitecto técnico.—Respecto a que el citado artículo (el 1.591 del Código civil) se está refiriendo a arquitectos y no a aparejadores, que es la titulación que corresponde al demandado y ahora recurrente, se olvida que su función de carácter necesario no lo es sino de colaboración o subordinación jerárquica del arquitecto, y su responsabilidad determinada o sancionada en los artículos 1.º y 2.º del Decreto de 16 de julio de 1935, ratificado por Decreto de 19 de febrero de 1971, en el que se les titula de arquitectos técnicos, al precisar las facultades y competencias profesionales de dichos técnicos, en cuanto a su intervención en la dirección de las obras e inspección de las mismas, en cuyo sentido hay que entender, en aquella referencia, incluidos los que lo son con el aditamento de técnicos. (Sentencia de 9 de octubre de 1981; no ha lugar.)

Hechos.—Se celebraron diversos contratos para la construcción de un edificio. En éste aparecieron determinados vicios de construcción. El Juez de Primera Instancia condenó solidariamente al contratista, al arquitecto y al aparejador, a ejecutar las obras necesarias para eliminar los defectos que presentaba el edificio. Este fallo fue confirmado por la Audiencia y el Tribunal Supremo.

NOTA: 1) *La cuestión de la responsabilidad solidaria de los profesionales de la construcción.*—Esta sentencia es concorde con la doctrina jurisprudencial, representada por las Sentencias de 5 de mayo de 1961 (J. Civ., núm. 359), 17 de mayo de 1967 (J. Civ., núm. 341, y anotada por Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1973, pp. 313-319), 10 de noviembre de 1970 (J. Civ., núm. 509), 1 de febrero de 1975 (R. A., núm. 323), 18 de noviembre de 1975 (anotada en este ANUARIO, 1976, IV, p. 1269), 1 de abril de 1978 (la anotamos en este ANUARIO, 1978, III, p. 667), 14 de noviembre de 1978 (la anotamos en este ANUARIO, 1979, IV, pp. 949-953), 31 de octubre de 1979 (la anotamos en este ANUARIO, 1980, IV, pp. 999-1000) y 21 de abril de 1981 (la anotamos en este ANUARIO, 1981, IV, pp. 1099-1100). En la importante sentencia de 14 de noviembre de 1978 nuestro Tribunal Supremo expone, con precisión y claridad, los argumentos en que se apoya esta doctrina jurisprudencial: «El tema... ha sido resuelto reiteradamente en el sentido de afirmar la solidaridad, más acomodada que la mancomunidad simple a la obligación dimanante de un precepto legal, a la identidad de origen del deber de in-

dennizar, al resultado de la obra edificada como un todo y a la realidad de que el suceso dañoso ha sido provocado por una acción plural, sin que pueda precisarse la proporción en que cada uno de ambos factores han influido en la ruina, ocasionada por tal conjunción de causas».

Nos parece digno de destacar que en la reciente Sentencia de 21 de abril de 1981 se considera aplicable el artículo 1.591 del Código civil en un supuesto de venta de determinados pisos, por presentar vicios determinantes de ruina parcial, y se declara la responsabilidad solidaria del promotor-vendedor y de los arquitectos que intervinieron en la obra. Nuestro Tribunal Supremo se basa sencillamente en que la jurisprudencia ha establecido con reiteración que las responsabilidades establecidas por el artículo citado son solidarias. No cabe duda que en esta sentencia se parte de la asimilación del promotor-vendedor al contratista, de acuerdo con el criterio imperante en la jurisprudencia (véase este ANUARIO, 1980, I, pp. 215-223, donde comentamos críticamente las sentencias que se pronuncian en este sentido). Téngase también en cuenta las sentencias de 28 de enero de 1980 (anotada en este ANUARIO, 1980, IV, p. 998), 9 de marzo de 1981 (R. A., núm. 904) y 21 de abril de 1981 (anotada en ese ANUARIO, 1981, IV, pp. 1099-1100).

En el terreno doctrinal no existe una solución unánimemente admitida. Como apuntamos en la anotación a la Sentencia de 14 de noviembre de 1978 (en este ANUARIO, 1979, IV, p. 952), existen autores que se muestran partidarios en todo caso de la mancomunidad (ALBALADEJO, *Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común*, en este ANUARIO, 1963, pp. 345 ss.); otros, en cambio, propugnan la solidaridad (GULLÓN, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial*, Madrid, 1972, p. 268; Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Madrid, 1973, pp. 318 y 319); SANTOS BRIZ, *El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica*, en Revista de Derecho Privado, 1972, p. 416) o la responsabilidad *in solidum* (CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, pp. 309-314 y LEÓN, *La categoría de la obligación in solidum*, Sevilla, 1978, páginas 193-208), cuando no puede llevarse a cabo una individualización de las conductas y el hecho dañoso es producto de una acción conjunta. Para Cosío (*Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, 1975, pp. 428-429) no se trata de una solidaridad entre los distintos responsables, ya que ningún precepto la establece, ni de una deuda mancomunada, puesto que cada uno de ellos, según su título, responde de la totalidad de daños y perjuicios. Parece claro que este autor está pensando en la figura de la responsabilidad *in solidum*.

2) *La aplicación del artículo 1.591 del Código civil al aparejador o arquitecto técnico.*—En esta sentencia el argumento básico para afirmar la aplicación del artículo 1.591 del Código civil al aparejador reside en que éste tiene la consideración legal de arquitecto técnico (Decreto de 19 de febrero de 1971) y, por tanto, es contemplado en el término «arquitecto» que aparece en el mencionado precepto legal. Se aplica el mismo sin necesidad de tener que recurrir al procedimiento analógico (artículo 4.1 del Título Preliminar). En cambio, cuando estemos en presencia de otros profesionales de la construcción, como los ingenieros, que no son mencionados expresamente por el artículo 1.591, seguramente por la fecha en que se redactó el Código civil, no hay más remedio que acudir al citado procedimiento analógico. Con buen criterio, en la Sentencia de 17 de mayo de 1967 (J. Civ., número 341, y anotada por Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1973, pp. 316-319) se considera aplicable este artículo a un ingeniero que intervino como proyectista y director de la obra. Esta solución es tan lógica que en Francia la Ley de 4 de enero de 1978 ha reformado el texto del artículo 1.792 del Código civil, que era bastante parecido al del artículo 1.591 de nuestro Código civil, reputando «constructor de la obra» a todo arquitecto, empresario, técnico u otra persona vinculada al dueño de la obra por un contrato de arrendamiento de obra (artículo 1.792-1).

21. *Revisión convencional de los precios de material y salarios en el contrato de obra.*—Se advierte una revisión de precios previamente pactada, de lo que se deduce la inexistencia de toda duda acerca de su validez, ya que ha de estimarse ser un pacto lícito resultante de la concorde voluntad de las partes, que está amparado por el artículo 1.255 del Código civil, pues este precepto sólo limita el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes cuando se contravenga la ley, la moral o el orden público, ninguna de cuyas circunstancias concurre en el caso presente, porque la revisión del precio ha de estimarse autorizada por dicho precepto legal, como se infiere de la jurisprudencia de esta Sala, que tiene reconocida la validez de estos pactos revisorios.

Inaplicación de las normas que regulan la contratación del Estado.—La realidad de ese incremento (de los precios) viene determinada por declaración fáctica de la Sala sentenciadora, no combatida adecuadamente, y además la revisión no se ha llevado a efecto por normas o procedimientos establecidos por el Estado para las obras por él contratadas, sino que es la resultante de la apreciación de la prueba practicada en averiguación de los porcentajes de aumento que han existido durante el curso de las obras realizadas para la construcción del edificio por el demandante constructor, propiedad de los recurrentes, y su aplicación en la provincia de Valencia, para lo que, según la sentencia recurrida, se han tenido en cuenta los informes del Instituto Nacional de Estadística y dictamen de arquitectos, sin que tampoco el Decreto-Ley sobre Ordenación Económica de 30 de noviembre de 1973, posterior al contrato de obra, sea obstáculo, como los recurrentes pretenden a la revisión.

Documento auténtico.—Según reiterada doctrina jurisprudencial, no revisa este carácter, a efectos de casación, la certificación del arquitecto director.

Apreciación conjunta de la prueba.—No es lícito combatir el resultado de esta apreciación por la aislada de uno de sus elementos integrantes.

Principio de congruencia.—Es exigido imperativamente por el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil e impide dar más de lo solicitado. La congruencia exige acceder a los pedimentos del actor o denegarlos en los mismos términos en que éste los produjo, poniendo en relación el suplico de la demanda con los hechos de la misma, en los que detalladamente desglosa la cantidad total que reclama en los distintos conceptos que la integran. (Sentencia de 29 de junio de 1981; ha lugar.)

Hechos.—Se promueve la construcción de un edificio, estipulándose en el contrato de obra que el precio sería revisado de acuerdo con los aumentos que experimentasen los materiales y la mano de obra y que la liquidación de la diferencia se realizaría al finalizar la obra. El comitente se niega a pagar una parte del precio revisado. El Juez de Primera Instancia estima en parte la demanda del constructor. La Audiencia Territorial confirma este fallo. Prospera el recurso de casación sólo en lo relativo a la cantidad a cuyo pago se condenó al recurrente, que ha de reducirse.

NOTA: El artículo 1.593 del Código civil establece el principio de la invariabilidad del precio en el contrato de obra. Sólo cabe el aumento del pre-

cio convenido cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obra, siempre que hubiese dado la autorización el propietario comitente (sobre el significado de la autorización del propietario comitente, consúltense nuestras anotaciones a las sentencias de 31 de octubre de 1980 y 17 de diciembre de 1980, en este ANUARIO, 1981, III, pp. 896-898). Sin embargo, la sentencia que anotamos, de acuerdo con otras precedentes (Sentencias de 25 de junio y 18 de diciembre de 1970), da a entender claramente el carácter dispositivo de la norma contenida en el citado artículo, y en base a ello su inaplicación cuando existe un pacto de las partes sobre revisión de los precios establecidos. No parece, como muy bien dice la sentencia que anotamos, que el pacto de revisión de precios esté en contradicción con alguno de los límites de la autonomía privada (art. 1.255 del Código civil). En idéntico sentido se pronuncia la sentencia de 4 de abril de 1981, que hemos anotado en este ANUARIO (1981, IV, pp. 1105-1106). Muy al contrario, pensamos nosotros, ya que estos pactos están plenamente justificados por la larga duración de la construcción de las obras inmobiliarias y el constante incremento de los costes de éstas, que hace, en la mayor parte de los casos, difícilmente previsible el costo real de la construcción. Los constructores saben a ciencia cierta que durante la construcción se producirá un aumento del costo de los materiales y de la mano de obra; lo imprevisible no será esto, sino la cuantía del citado aumento. El problema es tan cierto, que a pesar de no haberse establecido un pacto de revisión del precio en el contrato de obra, la jurisprudencia y la doctrina han admitido la revisión del precio ajustado en el contrato de obra por el juego de la cláusula *rebus sic stantibus* o la teoría de la base del negocio, como hemos señalado en las anotaciones a las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1980 (en este ANUARIO, 1981, III, pp. 889-901) y 27 de enero de 1981 (en este ANUARIO, 1981, IV, pp. 1101-1102).

El problema planteado ha motivado que en el marco de las obras públicas se hayan establecido unas cláusulas tipo de revisión de precios. El Decreto de 19 de abril de 1970 establece treinta y nueve fórmulas polinómicas que se aplican según los diversos tipos de contrato de obra en los que interviene en una u otra proporción la mano de obra, la energía, el cemento, el hierro, los ligantes bituminosos, la cerámica, la madera, el aluminio y el cobre, cuyos índices publica periódicamente el Gobierno. En las obras privadas, la realidad demuestra que prácticamente todas las empresas constructoras imponen cláusulas de revisión de precios a través de la llamada forma polinómica, que figura en las condiciones generales.

A. C. S.

22. *Arrendamiento de obra. Deber de entrega.*—No existiendo pacto escrito regulador de la entrega, ni convenio verbal en tal sentido, debe reputarse cumplido el deber de entrega cuando así se deduzca de actos inequívocos, como el uso y disfrute del edificio, objeto del contrato, sin objeción formal durante muy largos meses después de su voluntaria utilización, sin perjuicio de las responsabilidades del contratista si incurrió en ejecución defectuosa.

Casación. Alegación improcedente de preceptos.—El artículo 1.243 del Código civil, relacionado con el 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no contiene normas que puedan ser citadas en casación como ley infringida. (Sentencia de 20 de marzo de 1981; no ha lugar.)

23. *Mandato tácito. Defecto del recurso.*—Ha de decaer interpretación errónea que se denuncia del artículo 1.713 Código civil, tanto porque no se especifica cuál de sus tres párrafos de contenido no uniforme se estima interpretado erróneamente, cuanto porque la alegación hace supuesto de la cuestión afirmando la existencia de un mandato tácito concedido por la entidad ven-

dedora a cierta persona, cuando lo cierto es que la Sala negó expresamente esta relación, afirmando que tal persona actuaba como mero intermediario entre vendedora y compradora, más vinculado a esta última que a la primera, de la que no recibió encargo alguno.

Mandato tácito. Cuestión de hecho.—La alegación de que el precio se satisfizo a un mandatario tácito de la entidad vendedora ha de rechazarse porque el mandato conferido por actos del mandante exige que éstos sean unívocos y de tal forma concluyentes que den a entender la existencia de una determinada declaración de voluntad y sean incompatibles con toda otra, siendo siempre esta materia cuestión de hecho sólo impugnabile por la vía del núm. 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Pago.—Las infracciones que se denuncian de los artículos 1.156, 1.157, 1.162 y 1.164 han de decaer igualmente, pues presuponen, en contra de lo probado, que el intermediario recibió unas sumas como pago del precio en la maquinaria vendida.

Rendición de cuentas.—Igualmente ha de rechazarse la infracción alegada del artículo 1.720 Código civil, porque se parte de una entrega recibida por el mandatario cuya existencia ha sido negada por la Sala de Instancia.

Abuso de derecho.—Es preciso que se acredite la existencia de circunstancias subjetivas de intención de perjudicar o de falta de un fin serio y legítimo, o las objetivas de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho, y nada de lo cual aparece probado en la instancia.

Error de derecho en la apreciación de la prueba.—Respecto de la prueba testifical las reglas de la sana crítica no constituyen un cuerpo de doctrina de invariable aplicación y es impropio de la casación someter al Tribunal Supremo cuestiones que han de resolverse con criterios subjetivos.

Error de derecho en la apreciación de la prueba.—~~Es~~ improcedente basar este error en la cita del artículo 1.214 Código civil, por tratarse de un precepto de carácter general que no se refiere a la apreciación de ningún medio de prueba en concreto, sino a la exposición de un principio relativo a la incumbencia de la prueba de las obligaciones.

Error de derecho en la apreciación de la prueba documental.—Hay que rechazar el motivo que no cita como infringido precepto alguno relativo a la apreciación de la prueba, sino que se basa en la genérica afirmación de no haber aplicado la instancia el principio de apreciación conjunta de la prueba. (Sentencia de 2 de junio de 1981; no ha lugar.)

24. *Responsabilidad civil derivada de delito. Extinción por indulto de la responsabilidad penal. Reserva de la acción civil. Responsabilidad del padre por los daños causados por su hijo mayor de dieciséis años y menor de dieciocho.* La limitación del art. 20 del C. p. se refiere a los supuestos de exención de responsabilidad penal por razón de edad, y de ahí el límite de los dieciséis años, pero no a los de indulto de dicha responsabilidad de los menores penalmente no exentos, respecto de los cuales, extinguida la responsabilidad civil del autor o de los terceros obligados legalmente a soportarla, puede sustanciarse ante la jurisdicción de este orden, ya que, fuera de haberse declarado que el hecho inculcado no existió (art. 116, párr. 1.º, L. E. Crim.), los

Tribunales civiles tienen facultades para valorar y encuadrar el hecho específico en el ámbito de la culpa extracontractual sentando sus propias deducciones, a instancia de los perjudicados a los que se les reservó la acción civil; habiéndose declarado por esta Sala desde la S. de 12 de febrero 1932 que si se sobreesayó el sumario por estar los hechos indultados, tiene perfecto derecho el perjudicado por los actos culposos, originadores del procedimiento criminal, a reclamar la indemnización de perjuicios que puedan corresponderle; doctrina que aplicada al caso ha determinado la condena del padre del hijo menor, con el que convivía, autor del hecho culpable, a indemnizar a la víctima conforme al pár. 2.º del artículo 1.903 C. c.

Error de derecho. Infracción de Leyes penales.—Es notoria la doctrina de este Tribunal expresiva de que las supuestas infracciones de leyes de carácter penal, no pueden fundar un recurso de casación por infracción de ley ante esta jurisdicción. (Sentencia de 12 de mayo de 1981; no ha lugar.)

25. *Culpa extracontractual. Lesiones en accidente de trabajo. Culpa «in omitendo».*—Existe culpa «in omitendo», tanto por la empresa como por el responsable de la seguridad en la obra, pues si este empleado, en su función de control e inspección hubiera cumplido las más elementales normas de seguridad en el trabajo, en relación con el uso de cinturones y su anclaje con la suficiente garantía de servir a los fines destinados, y en su momento hubiera existido la barandilla que después fue colocada, el accidente no hubiera llegado a producirse; siendo además previsible fácilmente teniendo en cuenta las circunstancias en que el trabajo se realizaba, dada la configuración troncocónica con una inclinación del 2 por 100 en la parte superior del silo y su altura, y la no menor dificultad de su limpieza eliminando las placas de cemento que en el mismo se producían, lo que obligaba a los trabajadores a realizar su actividad en constante situación de peligro, que afrontaban sin medida alguna de seguridad, situación mantenida ante la desidia de quienes debían adoptar las medidas para evitarla. (Sentencia de 14 de abril de 1981; no ha lugar.)

26. *Culpa extracontractual. Daños a los inquilinos de un inmueble. Evolución hacia una responsabilidad objetiva moderada. Doctrina general.*—Si bien es cierto que la jurisprudencia, haciéndose eco de la doctrina científica y a partir de la S. de esta Sala de 10 junio 1943, va inclinándose, aunque moderadamente, hacia una apreciación más objetiva de la culpa extracontractual, propugnando la inversión de la carga de la prueba para obligar al autor de los daños a que acredite que, en el ejercicio de sus actos lícitos, obró con toda la prudencia y diligencia precisas para evitarlos, y que tiene su fundamento en el principio de responsabilidad objetiva, basado en el mero riesgo o peligro creado, que hace que el daño causado sea resultado de una causalidad física, con absoluta abstracción del factor psicológico de culpabilidad del agente causante del mismo, sin embargo, esta teoría se acepta en forma moderada, y sin excluir en modo alguno, el estricto principio de la responsabilidad por culpa, como resulta de las SS. de 22 febrero 1969 y 18 noviembre 1980; en el presente caso se declara que el hundimiento de la finca no tuvo trascendencia alguna, próxima ni remota, la obra de reforma ya

realizada en el local destinado a farmacia, ni la que se estaba realizando en el destinado a carnicería según las buenas normas de arte, por lo cual no se ha probado la culpa de los demandados, arquitecto director de las obras y propietario de la finca, ni el riesgo que la realización de las obras podía haber creado en orden a la producción del daño.

Error de hecho. Prueba.—Carecen de idoneidad suficiente para impugnar los hechos probados por la sentencia recurrida, los testimonios emanados de la jurisdicción penal y las diligencias de reconocimiento judicial y los informes periciales, por ser estas últimas pruebas de apreciación discrecional por el juzgador de instancia según reiterada jurisprudencia. Sentencia de 27 de abril de 1981; no ha lugar.)

NOTA: La Sala 1.ª se reserva celosamente la facultad de determinar el ámbito de aplicación de la responsabilidad cuasi-objetiva, de suerte que repasando la jurisprudencia del último decenio es posible fijar con alguna aproximación los campos de producción de daños en los que aquella doctrina tiene mayores probabilidades de ser aplicable. Los daños derivados por hundimiento de edificios son un caso más bien dudoso, a tenor de las circunstancias. Sería bueno dedicar al tema una investigación más profunda de la que cabe en los límites de una anotación de sentencia: sin ir más lejos, para fijar el alcance real de la responsabilidad por culpa del artículo 1.902 que la sentencia califica de «principio estricto».

G. G. C.

27. *Responsabilidad extracontractual; por hecho ajeno. Requisitos.*—La responsabilidad basada en una culpa «in vigilando» o «in eligendo» se desvanece cuando se han guardado las prudentes previsiones de cuidado de las cosas por parte del sujeto, requiriendo, como elemento necesario, la causación anti-jurídica de un daño inmediatamente atribuible a persona distinta, pero que provoca la responsabilidad del otro sujeto, del cual habrá que alegar y probar el acto que le sea imputable como causa mediata del daño cuyo resarcimiento se postula.

Responsabilidad. Ausencia de licencia administrativa.—El incumplimiento de la obligación de obtener la autorización administrativa por parte del titular de un establecimiento fabril o mercantil no comporta, sin más, una actitud negligente imputable al dueño y arrendador respecto al incendio producido. (Sentencia de 26 de marzo de 1981; no ha lugar.)

4. Derechos Reales

28. *Construcción extralimitada.*—Se entiende por construcción extralimitada aquella que tiene lugar traspasando los límites o linderos del terreno propio en el que se construye, dando lugar a que esta construcción lo sea en parte en terreno propio, y en parte en terreno ajeno.

Accesión invertida.—Al no poder encuadrarse la figura de la «construcción extralimitada» dentro del marco del artículo 361 del Código civil, la Doctrina jurisprudencial ha venido a llenar este vacío legal, mediante la figura de la «accesión invertida». Conforme a ésta, en toda edificación en suelo pertene-

ciente en parte al constructor y en parte al propietario del fundo colindante, y siempre que éste sea de buena fe, lo principal pasa a ser la edificación y lo accesorio la porción de terreno invadido. Consecuentemente es el suelo el que cede al edificio.

Justificación de la regla «superficie solo cedit».—Razones de política económica, social y de buena vecindad, en sentido análogo a como se configura en derecho alemán, justifican la regla de la accesión invertida.

Invasión del suelo ajeno.—La invasión del suelo ajeno, no sólo se produce por traspasar los linderos del terreno por medio de una construcción que afecte tanto al suelo como al subsuelo, sino también al erigirse una construcción que invade el vuelo mediante voladizos, huecos con vistas rectas u oblicuas terrazas con iguales posibilidades; o con pasos o caminos por el suelo ajeno. (Sentencia de 10 de diciembre de 1980; ha lugar.)

Hechos.—Los demandantes ejercitan acción negatoria de servidumbre frente a una Inmobiliaria que había construido en finca vecina, abriendo huecos, balcones y terrazas sin guardar las distancias mínimas establecidas legalmente. Así como frente a los compradores de los pisos edificados por la citada Inmobiliaria. Quienes ejercitan a su vez demanda de reconvencción.

El Tribunal de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó en parte la reconvencción formulada por los propietarios de los pisos.

La Audiencia Territorial estima el recurso de apelación y revoca la sentencia del Tribunal de Instancia.

29. *Propiedad horizontal. Vinculación de los adquirentes de pisos a los estatutos.*—Al incluir el documento público de adquisición, bajo el epígrafe «normas complementarias», los estatutos rectores de la Comunidad constituida, vinculantes para los adquirentes de pisos y locales, es evidente que tales normas estatutarias fueron expresamente conocidas y aceptadas por el demandante en la escritura pública de compraventa y no puede estimarse como tercero respecto de aquéllos. (Sentencia de 13 de octubre de 1981; ha lugar.)

30. *Propiedad horizontal. Acción de la Junta de Propietarios para privar del uso del local o piso o su ocupante.*—Esta situación se configura como una subrogación legal de acciones que no precisa del previo apercibimiento al ocupante arrendatario, pues tal apercibimiento es una mera facultad de la Junta, independiente de la acción de lanzamiento o resolución del contrato de arrendamiento que autoriza el artículo 19, párr. 2.º, de la Ley de Propiedad Horizontal.

Documento auténtico; a efectos de casación. Requisitos.—Es preciso que por sí haga prueba de su contenido, de modo que contenga la demostración irrefutable, sin acudir a analogías, deducciones, interpretaciones o hipótesis de lo que es absolutamente contrario a las afirmaciones del Juzgador, manifestando así su equivocación evidente, y no tiene este carácter el informe pericial, por contener meras afirmaciones que están sometidas a la libre apreciación del Juzgador. (Sentencia de 12 de marzo de 1981; no ha lugar.)

31. *Litisconsorcio pasivo necesario. No es predicable de los terceros hipotecarios.*—A los terceros hipotecarios es innecesario traerles al juicio, desde el momento en que ese reconocido carácter, al hacer inoperante con relación a ellos cualquier decisión que se adoptase respecto a las pretensiones de la demanda, determina que les falte todo interés legítimo para mantener conformidad u oposición a las pretensiones objeto de la litis.

Litisconsorcio activo necesario. No es oponible al comunero.—El partícipe en una comunidad tiene facultades, según reiterada doctrina jurisprudencial, para comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, en cuyo caso, la sentencia dictada a su favor aprovechará a los demás comuneros, sin que les perjudique la adversa o contraria.

Recurso de casación. Inadmisión de cuestiones nuevas.—Los recursos que se interpongan por infracción de ley o doctrina legal han de referir sus alegaciones y razonamientos a lo que en el pleito se haya debatido, sin que sea lícito proponer cuestiones que no lo hayan sido en él oportunamente, pues lo contrario supondría desnaturalizar un recurso tan excepcional y extraordinario como el de casación.

Motivos de casación. Aplicación indebida.—Si el Tribunal de Instancia no hace aplicación, para el logro de su decisión, de la expresada normativa, sino que la rechaza en su argumentación, no puede entenderse que ha sido aplicada indebidamente, pues mal puede aplicarse en forma indebida aquello de lo que no ha efectuado aplicación.

Congruencia. Significado.—Viene determinada porque entre la parte dispositiva de una resolución y las pretensiones oportunamente deducidas por las partes exista la máxima concordancia y correlación, en orden a lo que atañe al elemento objetivo de la controversia, de modo que los Tribunales ajusten su decisión a los hechos alegados y a la acción ejercitada, sin que sea lícito modificarlos ni alterar la causa de pedir o sustituir las cuestiones debatidas por otras distintas.

Situación de enriquecimiento injusto. Consecuencias.—La venta de cosa ajena determinante de una adquisición «a non domino», prevalente en razón al principio de buena fe, al existir terceros hipotecarios, siendo impedida la devolución por el vendedor de la cosa indebidamente vendida, conduce a una declaración indemnizatoria, impuesta por el principio general de derecho de que nadie puede enriquecerse indebidamente a costa de otro; ya que el vendedor vería enriquecido su patrimonio con el precio y el verdadero dueño empobrecido su patrimonio en igual proporción.

Valoración de la prueba. Acceso de esta cuestión al recurso de casación.—Es improcedente plantear la valoración de la prueba en forma diferente a la que llegó la Sala sentenciadora a través del núm. 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no del núm. 7 del mismo precepto, pues el ordenamiento procesal abre con amplitud el recurso a los problemas jurídicos, pero lo estrecha para la apreciación de la prueba, asignando a ésta el reducido cauce de dicho núm. 7, fuera del cual no le es lícito al recurrente desconocer o contrariar los hechos reconocidos por la Sala.

Cuestión nueva. Alcance del concepto.—Los esenciales principios de contradicción y audiencia exigen que toda alegación de hecho y jurídica se formule

en los escritos de demanda, contestación, réplica, dúplica, reconvención y contestación a ésta, siendo inadecuado para ello el escrito de conclusiones.

Usucapión ordinaria. Justo título.—Justo título es el adecuado para generar dominio, por lo que carece de relevancia aquel que afecta, no a la finca cuestionada, sino a lo que, excediéndose de la misma, ocupó la entidad, invadiendo y ocupando terreno colindante; careciendo, también, de trascendencia la inscripción registral consecuencia de aquel título.

Error de derecho en la valoración de la prueba. Significado.—Sólo se comete cuando se ha infringido un precepto legal, no reconociendo a determinada prueba la eficacia que la ley le concede, por estar sometida la valoración probatoria a una norma preestablecida a la que tenía que ajustarse. Esta situación no se da con relación a las pruebas pericial y testifical, pues los preceptos correspondientes no establecen unas normas probatorias preestablecidas, sino que simplemente las someten a las reglas de la sana crítica, sometidas a la libre apreciación de la Sala sentenciadora de instancia. (Sentencia de 3 de julio de 1981; no ha lugar.)

Antecedentes: El pleito nació de una acción reivindicatoria ejercitada por un heredero en su propio derecho y en interés y beneficio de la comunidad hereditaria a la que pertenecía. Dicha acción se refería, por una parte, a una porción de una finca, integrante del caudal relicto, que había sido ocupada por una empresa constructora mediante edificaciones, ya transmitidas a terceros; por otra, a otra porción, que fue indebidamente adjudicada a doña C. C. D. en partición hereditaria y luego dividida y enajenada parcialmente por ésta a terceros.

32. *Error de derecho. Reglas para su planteamiento en casación.*—El motivo de casación por error de derecho en la apreciación de la prueba no consiste en discutir la apreciación de los hechos que haya efectuado la Sala sentenciadora, tratando de sustituir con el subjetivo criterio del recurrente el objetivo sentando por aquélla, sino en evidenciar la concreta infracción de una norma procesal que establezca una valoración de un determinado medio de prueba legal, de carácter inalterable. Además, ha de tenerse en cuenta que para poder estar en condiciones de impugnar las deducciones jurídicas a que llegó el Juzgador de Instancia es preciso desvirtuar previamente los supuestos de hecho en que se apoyan, por el cauce pertinente del error de hecho.

Título de servidumbre voluntaria. Forma exigible.—Tratándose de servidumbre voluntaria, creada por acuerdo entre los titulares dominantes y sirviente, basta la justificación de la existencia del acto jurídico creador, sin precisión de documento escrito formalizador, porque la expresión «título» está empleada por el ordenamiento jurídico, no en el sentido material de documento, sino en el de negocio jurídico, de cualquier forma que éste se produzca, conforme a su propia naturaleza, para su validez.

Exigencia de forma escrita por el artículo 1.280 del Código civil. Alcance.—La exigencia contenida en el último párrafo de dicho artículo no significa una forma solemne que pueda afectar a la eficacia obligatoria del contrato,

sino, simplemente, el reconocimiento de la facultad de poder compelerse recíprocamente los contratantes a llenar la forma escrita.

Apreciación de la prueba testifical. Planteamiento en casación.—La prueba testifical es de libre apreciación por el Juzgador de instancia, que sólo puede ser impugnada por error de hecho o cuando se trate de unas recepciones concretas de la Ley, sin que sea admisible alegar la falta de aplicación del artículo 1.248 del Código civil, pues no es de índole preceptiva, sino meramente admonitiva, autorizando a los Jueces o Tribunales para apreciar libremente las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica. (Sentencia de 8 de junio de 1981; no ha lugar.)

33. *Compilación del Derecho civil especial de Cataluña. Declaración de derechos. Servidumbre. Falta de prueba del signo aparente. No se admite prescripción.*—Se acusa la infracción por no aplicación del artículo 541 del Código civil, precepto legal que se refiere a la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas establecido por el propietario de ambas, presu- puesto de hecho que no se prueba en el caso debatido; además, los mismos recurrentes niegan reiteradamente que traten de ostentar una servidumbre de paso entre los bloques de viviendas de las demandadas, única posibilidad de gravámenes de esta clase en las circunstancias de hecho admitidas por los litigantes, toda vez que el artículo 583, núm. 7 de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña no admite la constitución de estos gravámenes por prescripción. (Sentencia de 20 de octubre de 1980.)

NOTA.—Según tengo ya expuesto: *La inaplicabilidad de la constitución de servidumbres por signo aparente en Cataluña (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1976)*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL XXXI-1, 1978, p. 193 ss, el Derecho catalán, consecuente con su stirpe y tradición romanista no conforma ni admite el supuesto de constitución tácita de servidumbre por signo aparente dentro de su ordenamiento legal o consuetudinario, ya que para su nacimiento y adquisición se exige siempre el convenio expreso de las partes por voluntad manifiesta a través de signos adecuados y directos por ellas realizados. Tampoco puede constituirse la servidumbre por usucapión (art. 283 de la Compilación), ya que sólo puede adquirirse por pacto, según la Ordenación cuarenta y una de Santacília.

J. B. C.

34. *Documento auténtico; a efectos de casación. Requisitos.*—No tienen la condición de documentos auténticos los ya estudiados por la instancia, ni los que por sí, sin deducciones o interferencias, no acrediten de modo inequívoco el hecho con el que se pretende invalidar la apreciación probatoria que se ataca, siendo preciso que el pretendido error sea trascendental y tenga reflejo en el fallo.

Calificación contractual. Alcance y finalidad.—Cuando una relación contractual reúne los requisitos exigidos por el ordenamiento para su validez y producción de efectos, no hay necesidad de seguir el método dogmático e intentar encajar el convenio en los tipos contractuales legales; basta que el Juzgador se atenga a lo estipulado y sancione sus naturales consecuencias en orden a la eficacia de lo acordado libremente por obra de la autonomía

de la voluntad, pues importa no el «nomen iuris», sino la licitud, validez y eficacia del contrato.

Objeto del recurso de casación.—El recurso se da contra el fallo o sus considerandos predeterminantes, no, por tanto, contra una calificación contractual que no sea decisiva de aquél.

Congruencia.—No falta a la congruencia la sentencia que, sin apartarse de los hechos alegados por las partes, matiza, con apreciaciones jurídicas, la esencia y consecuencia de los mismos, haciendo las declaraciones jurídicas necesarias sobre las cuestiones de hecho planteadas, aunque no hayan sido objeto de petición o discusión en el pleito.

Acción de retracto. Transmisibilidad.—El ejercicio de la acción está atribuido privativamente a todos y cada uno de los que en relación a una cosa cabe atribuirles la condición de copropietarios, yendo adherida a dicha condición, por lo que al transmitirse la cosa con todos los derechos a ella inherentes, se transmite también el retracto si la acción para ejercitarlo había nacido, en aplicación de la regla general de que los herederos suceden al difunto en todos sus derechos y obligaciones. (Sentencia de 17 de febrero de 1981; ha lugar.)

35. *Acción contradictoria del dominio inscrito. Usucapión extraordinaria. Nulidad de la inscripción registral.*—Tratándose del ejercicio de una acción contradictoria del dominio inscrito, conforme al artículo 38, pár. 2.º, L. H., necesariamente ha de ir precedida o conjuntamente con la petición de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente.

Expediente de dominio sobreseído. Naturaleza jurídica.—Aunque no puede ignorarse que para determinado sector doctrinal, más hipotecarista que procesal, el expediente de dominio es un acto de jurisdicción voluntaria, hay obstáculos realmente insalvables para ello como el art. 1.811 L. E. C., que excluye del ámbito de dicha jurisdicción todo acto en que existan partes conocidas o determinadas, y el más trascendental art. 1.817 de la propia Ley, conforme al cual, si se hiciera oposición por alguno que tuviera interés en el asunto se hará contencioso sin alterar la situación que al iniciarse tuvieran los interesados, ni lo que fuese objeto de la pretensión principal, nada de lo cual se da en el expediente de dominio, toda vez que ya de inicio se prevé la existencia de contradictores, a los que precisamente hay que traer al expediente para regular su oposición, si bien lo sea limitada al acreditamiento de la adquisición del dominio, proposición y práctica de pruebas; resulta poco ortodoxo la terminación del expediente por sobreseimiento, ya que el artículo 201.5.ª L. H., ordena terminarlo por auto en el que el Juez declare justificados o no los extremos contenidos en el escrito inicial, pero desde luego sin convertirlo en contencioso; debe concluirse que el actual juicio declarativo es plenamente independiente del expediente de dominio.

Litisconsorcio pasivo necesario. Orden público procesal. La citación como testigo no sufre a la posición de parte.—Por afectar al orden público procesal cuanto se refiere al litisconsorcio no solamente puede estimarse de oficio por los tribunales, sino que incluso es obligado el así hacerlo, ya que a éstos les está atribuido o les corresponde el cuidar que el litigio se ventile con

todos aquéllos que puedan resultar afectados por la declaración de la Sentencia, sin que la citación como testigos de los que debieron serlo como partes subsane el citado defecto litis consorcial, aunque concurra la circunstancia de que todos los citados en aquella cualidad sean descendientes del titular registral, lo que no prueba que todos los descendientes hayan sido citados, y sin que pueda alegarse tampoco que esos interesados no comparecieron en el expediente de dominio. (Sentencia de 29 de mayo de 1981; no ha lugar.)

NOTA.—Como dice esta S., la opinión predominante entre la doctrina hipotecarista es que el expediente de dominio previsto en el artículo 201 L. H. es un acto de jurisdicción voluntaria (Lacruz, *Derecho Inmobiliario Registral*, p. 370; Roca Sastre, *Derecho Hipotecario*, 1948, II, p. 487 y ss.). Pienso, sin embargo, que las razones del T. S. convencen de lo contrario, y que la actuación judicial en este caso se aproxima a la notarial a efectos de dotar de título para la inscripción a quien de él carece. En todo caso la doctrina de esta S. es plenamente de aprobar.

G. G. C.

36. *Principio de legitimación registral.*—No es posible contemplar aisladamente el párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, sino que es preciso ponerlo en relación con el párrafo 1.º, en el que se consagra el principio de legitimidad registral.

Presunciones registrales.—El párrafo 1.º del artículo 38, de la Ley Hipotecaria, al consagrar el principio de legitimidad registral, establece una presunción «*iuris tantum*» que cubre no sólo la titularidad propiamente dicha, sino también la extensión del derecho real inscrito. Ya que la forma a la que el legislador se refiere en este precepto legal, tiene que ponerse en relación con la circunstancia 2.ª del artículo 9 de la Ley Hipotecaria y la regla 6.ª del artículo 51 del Reglamento Hipotecario, que exigen que en toda inscripción se determine el mismo derecho o se limiten las facultades del adquirente, todo ello, de acuerdo con la interpretación de la doctrina, tanto científica como jurisprudencial del Tribunal Supremo, recogida en numerosas sentencias.

Desvirtuación de la presunción.—La acción contradictoria que trate de desvirtuar la presunción del artículo 38, 1, tiene que dirigirse a que, como secuela registral inevitable, se anule o cancele la inscripción que conste en el Registro, según se determina en el párrafo 2.º del mismo artículo, ya que de lo contrario podría resultar el «*monstruum iuris*» de una inscripción registral de una determinada «forma» que el Registro ampara y protege que estaría contradicha por la forma que determinase una hipotética decisión judicial, establecida al modo y manera como lo entendiesen los juzgadores de Instancia. (Sentencia de 7 de abril de 1981, no ha lugar.)

Hechos: Los demandantes ejercitan acción reivindicatoria en base a unos títulos de compra que carecían de constancia registral, sobre una parte de una finca propiedad de los demandados, que figuraba inscrita en el Registro de la Propiedad.

El Tribunal de Instancia desestima la demanda. Planteado recurso de apelación, la Audiencia Territorial confirma la Sentencia de Primera Instancia.

37. *Prioridad registral en la doble venta.*—En el caso de una doble venta de un inmueble urbano, en la que el comprador más antiguo en el tiempo (prioridad sustantiva civil) no inscribe en el Registro de la Propiedad, cosa que realiza en cambio el segundo, que lo es a virud del procedimiento judicial sumario establecido en el artículo 131, regla 17, de la Ley Hipotecaria (prioridad registral), es este último quien, de acuerdo con el artículo 1.473 del C. c., adquiere la propiedad, siempre que medie buena fe (según la interpretación unánimemente seguida por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y científica).

La buena fe en el campo de los derechos reales. Presunción y prueba.—La buena fe en el campo de los derechos reales no es un estado de conducta como ocurre en las obligaciones y contratos, sino de conocimiento, que nada tiene que ver con la maquinación y el engaño, sino con el creer o ignorar si la situación registral era exacta o no respecto de la titularidad dominical que proclama. Y ello está en relación con la presunción «iuris tantum» del artículo 434 del C. c., que sólo puede desvirtuarse con probanzas auténticas y fehacientes de la mala fe, evidenciadas en casación por la única vía legalmente admitida del núm. 7 del artículo 1.692 de la L. E. C., como cuestión de hecho que es; y no con simples afirmaciones y deducciones infundadas. (Sentencia de 16 de febrero de 1981, no ha lugar.)

38. *Error de hecho. Requisitos para su alegación.*—No puede entenderse producido cuando el recurrente necesita razonar e interpretar lo que consta en el documento, que además fue apreciado y examinado por las sentencias de instancia detenida y acertadamente.

Error de derecho. Planteamiento.—Han de citarse concretamente la norma sobre valoración de prueba que se estima infringida y a qué prueba específica se refiere, sin bastar la mera referencia a la documental.

Eficacia de títulos no inscritos en el Registro de la Propiedad.—Los Títulos no inscritos pueden y deben ser estimados cuando las personas a quienes perjudican no ostenten frente a ellos otros inscritos, pues la Ley Hipotecaria sólo garantiza a los que contratan bajo la garantía del Registro, es decir que los terceros protegidos por el Registro son sólo los que traigan su derecho de sus asientos y puedan ser perjudicados por la no inscripción de los derechos opuestos. (Sentencia de 7 de marzo de 1981; no ha lugar.)

39. *Doble inmatriculación. Régimen jurídico aplicable.*—En esta situación en que un inmueble está inscrito a favor de titulares distintos, constando en inscripciones contradictorias entre sí, éstas carecen de la exactitud necesaria para la producción de sus efectos registrales; situación anómala que impide la correcta aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, al neutralizarse los efectos de ambas inscripciones, por lo que hay que acudir, para resolverla y determinar cuál sea la inscripción prevalente, a la vía civil, pues sólo las reglas y normas del Derecho civil han de determinar quién tiene el título de dominio más antiguo con inscripción registral anterior. (Sentencia de 13 de junio de 1981; ha lugar.)

NOTA: La sentencia cita las anteriores de 17 de enero y 17 de junio de 1973, 31 de octubre de 1978 y 16 de mayo de 1980.

En cuanto a la referencia final que hace el Tribunal Supremo a la prioridad en inmatricular, ha de tenerse en cuenta su influencia relativa, pues, como señalan J. L. Lacruz y F. de A. Sancho, siempre cabe que el titular manifestado por el folio registral deje de serlo en la realidad y que el titular del folio duplicado sea o llegue a ser el verdadero (Derecho inmobiliario Registral. Barcelona, 1968, pág. 253). En general son dos los criterios utilizados en materia de doble inmatriculación: la prevalencia de la hoja registral de la finca cuyo dominio sea de mejor condición, atendiendo al Derecho civil puro y la prevalencia de la hoja registral de finca cuya inmatriculación sea más antigua. Ambos han sido aplicados por la jurisprudencia, según los casos planteados (v. R. M.^a Roca Sastre, *Derecho hipotecario*, tomo III, páginas 430 y sigs. Barcelona, 1968).

P. E. A.

5. Derecho de Familia

40. *Fijación de alimentos definitivos*.—La variabilidad de los elementos intervinientes en su cálculo explica la reiterada doctrina jurisprudencial en el sentido de que la cuantía de los alimentos será la que fije a su prudente arbitrio la Sala de Instancia, a la que corresponde valorar los medios de acreditamiento, cuyo criterio no puede ser revisado en casación de otro modo que demostrando por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 Ley Enjuiciamiento Civil, que la cantidad establecida desconoce notoriamente las bases de proporcionalidad indicadas en el artículo 146 del Código civil.

Fijación de alimentos. Proporcionalidad.—Es evidente la moderación y procedencia de la decisión de la Sala de Instancia que otorga en concepto de alimentos para la mujer como cónyuge necesitado y para los cuatro hijos menores del matrimonio entregados a su custodia una suma de cuantía tal que quedan para el marido demandado más de la mitad de sus ingresos para él sólo.

Naturaleza de la deuda alimenticia. Deuda de valor.—Por su naturaleza y fundamento, su precedente en las Partidas y su apoyo en algún sector doctrinal, puede entenderse que en la prestación alimenticia se dan las notas propias de una deuda de valor, que como tal autoriza las medidas de protección frente a las alteraciones monetarias, ya que en ella no debe regir el principio nominalista, y a esta orientación parece responder el último párrafo del artículo 147, en su redacción por la Ley de 13 de mayo de 1981, aparte de que esa misma orientación aparece, sin duda, en otros preceptos en que existe pago de pensión introducidos por la Ley de 7 de julio de 1981, como los 93, 97, 100 y 103-3.º Código civil.

Medidas de actualización de la deuda alimenticia.—Los remedios correctores de la depreciación del signo monetario han de utilizarse en esta materia con singular cuidado, a fin de no vulnerar el criterio esencial de proporcionalidad, esta es, atendiendo no sólo a las necesidades de quien recibe, sino también a la importancia del caudal de quien da, pues no cabe olvidar las atenciones indispensables a la propia persona del alimentante, sin dudas primordiales como se infiere del artículo 152, número 2.º.

Medidas de actualización de la deuda alimenticia.—Ha de prosperar el motivo que alega la inaplicación del artículo 147 Código civil, en cuanto la sen-

tencia ordena un aumento anual de la deuda de alimentos al compás de las variaciones reflejadas en el índice oficial del coste de la vida, puesto que ello podría suponer que la cuantía del crédito en su línea ascendente rompa de manera ostensible el equilibrio buscado de principios entre las contrapuestas necesidades, haciendo excesivamente onerosa la situación del alimentante, por lo que lo equitativo es que la revisión (con toda probabilidad siempre en más, aunque no sea imposible la hipótesis de deflación) se haga de modo que el aumento en su caso no exceda de la proposición en que se hayan incrementado los ingresos del obligado, o en otro supuesto tomando en cuenta la cantidad menor de la elevación producida (Sentencia de 9 de octubre de 1981; ha lugar en parte.)

41. *Interpretación de capitulaciones matrimoniales en Navarra. Donación «propter nuptias».*—La conclusión de la Sala sentenciadora en el sentido de que la donataria podía disponer libremente por actos «inter vivos» o «mortis causa» de los bienes que recibió por tal donación no ha infringido por inaplicación el párrafo 1.º del artículo 1.281 Código civil, porque, según reiteradísima doctrina jurisprudencial, la interpretación de los contratos es facultad privativa de la Sala de instancia y ha de prevalecer en casación salvo que contradiga alguna de las normas de hermenéutica contractual y resulte ilógica, absurda o desorbitada, lo que aquí no ocurre, pues, además del artículo 1.281 se ha tenido en cuenta el 1.285, interpretando una con otra las cláusulas contractuales, atribuyendo a la dudosa el sentido que de su conjunto resulta.

Costumbre interpretativa de pactos sucesorios.—Ha de decaer la inaplicación denunciada de la costumbre a que se refiere la Ley 176 de la Compilación, porque el recurrente hace supuesto de la cuestión, olvidando que la Sala afirma que la donación se hizo a libre disposición de la donataria, como permitía el Fuero antiguo y hoy las leyes 112 a 148, con renuncia por la donante al derecho de reversión que le reconocía el Amejoramiento al Fuero de Felipe I y la Novísima Recopilación y hoy establece la Ley 116, y con facultad por la donataria para disponer «mortis causa», de modo que las capitulaciones prevén una forma de designación del destinatario o destinatarios de los bienes distinta de la contemplada por la costumbre del lugar, aparte de que, en todo caso, tal costumbre sólo entra aquí en juego como fuente de interpretación de los pactos sucesorios y subordinada a la voluntad contractual, conforme resulta de la Ley 7.ª de la Compilación.

Interpretación errónea de textos legales.—No puede existir tal interpretación errónea —en este caso la denunciada de la Ley 177 de la Compilación— en cuanto que la Sala Sentenciadora no ha hecho aplicación alguna de esa Ley, de forma que en modo alguno y según reiterada doctrina de esta Sala ha podido ser interpretado, ni errónea ni acertadamente un precepto legal que no ha sido tenido en cuenta para formar el juicio decisorio. (Sentencia de 14 de octubre de 1981; no ha lugar.)

42. *Responsabilidad civil derivada de delito. Acción penal extinguida por fallecimiento. Responsabilidad civil de los herederos.*—Extinguida la acción penal por fallecimiento de un presunto culpable, puede y debe sustanciarse

la responsabilidad civil ante la jurisdicción de este orden, sin que quepa atribuir a estos efectos la excepción de cosa juzgada en vía civil de una sentencia penal, cuando en ella no se juzgó al presunto culpable, al haberse extinguido por fallecimiento su responsabilidad criminal, si bien queda subsistente la civil, pero ésta ya independizada del proceso penal, que alcanza a los herederos de aquél, a quienes se condena al abono de la suma de pesetas 167.615.172, sin perjuicio de deducir en su día las cantidades que el perjudicado haya podido percibir a través de la sentencia penal de otros responsables criminalmente y de las cuotas que puedan establecerse, lo que se deja para ejecución de sentencia.

Responsabilidad de la sociedad de gananciales. Problema distinto de la sucesión «mortis causa» del cónyuge «supérstite» en la deuda u obligación contraída por culpa extracontractual por el marido difunto.—Es precedente hacer aplicación del artículo 1.408, núm. 1.º, C. c., pues si la actividad del que resultó ser responsable penal, y, por su fallecimiento, solamente civil, recayente sobre sus bienes, estaba encaminada a aumentar el que había de ser su patrimonio familiar, como así lo fue en interés de la familia, procede extender a los gananciales dicha responsabilidad civil, lo que es cosa distinta de la sucesión «mortis causa» del cónyuge supérstite en la deuda u obligación contraída por culpa extracontractual por su difunto marido. (Sentencia de 10 de abril de 1981; no ha lugar.)

· *NOTA.*—Sentencia importante, no sólo por la cuantía de las indemnizaciones a que hace referencia el fallo, sino por la complejidad del supuesto de hecho y la trascendencia social que en su día alcanzó. Se trata de la sustracción de aceite de la C. A. T. de los almacenes de R.E.A.C.E. en Vigo, descubierta en 1972. Fallecido en prisión uno de los procesados, el Abogado del Estado ejercita la acción civil contra sus herederos y contra la sociedad de gananciales. El *quantum* de la sentencia tiene la particularidad de fijarse mediante una cifra máxima, pero ordenando tener en cuenta las cantidades que el perjudicado perciba de los demás responsables penalmente condenados, cuya determinación se deja para ejecución de sentencia. Por otra parte la extensión de la responsabilidad a la sociedad de gananciales deja sin amparo expreso los derechos del supérstite en la misma, quien ninguna culpa tuvo en los hechos imputados al fallecido. (Cfr. a este respecto LACRUZ, *Derecho de Familia*, I, 3.ª ed., p. 241). En la normativa introducida por la Ley de 13 mayo 1981, el nuevo artículo 1.366, que contempla el caso de las obligaciones extracontractuales, hace la excepción de ser debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor.

G. G. C.

6. Derecho de Sucesiones

43. *Cataluña. Incapacidad sucesoria e indignidad para suceder.*—Entre la incapacidad relativa para suceder y la indignidad referidas al supuesto de adulterio hay una diferencia sustancial, pues el adulterio a que se refiere el artículo 252 de la Compilación es el imputado a la persona culpable de trato adulterino con el causante, en tanto que el que contempla el artículo 255 es el cometido por la mujer del testador, de aquí que éste sea indispensable y el primero no, e igualmente que la incapacidad relativa del artículo

lo 252, al ser insubsanable, no está sujeta a la caducidad prevista en el artículo 253, que sólo es de aplicación a los casos de indignidad como de su propio texto se deduce.

Acción para impugnar la validez del testamento por causa de incapacidad por parte del legitimario aceptante.—El demandante ha aceptado, tanto de forma expresa como tácita, el legado hecho a su favor por el testador en pago de su legítima, y esta actuación positiva le impide impugnar la validez del testamento, conforme proclaman las sentencias de esta Sala de 26 de junio de 1907, 3 de mayo de 1916, 6 de diciembre de 1926 y 14 de junio de 1963, salvo que, como se indica en esta última hubiese instado al mismo tiempo la nulidad de su aceptación, pedimento que aquí no ha efectuado en su momento procesal oportuno. (Sentencia de 22 de junio de 1981; ha lugar.)

44. *Incongruencia.*—Hay violación del artículo 359 L.E.C. al contener la sentencia impugnada declaraciones con relación al esposo de la demandada, pues si es cierto que éste inicialmente fue demandado, también lo es que formuló excepción de falta de personalidad con base en que la compraventa objeto de la litis y en la que intervino la esposa no tenía carácter ganancial, al estar su matrimonio regido por el sistema de separación de bienes pactado por los cónyuges antes de su matrimonio, y tal excepción fue acogida y obtuvo firmeza procesal, de modo que el esposo quedó fuera del debate jurídico planteado, sin posibilidad de dictarse sentencia contra él.

Compraventa simulada. Error de hecho en la apreciación de la prueba documental.—Hay que rechazar este motivo porque los documentos invocados no tienen el carácter de auténticos a efectos de casación, por requerirse a tal fin que demuestren por sí solos la irrealidad de lo apreciado por la Sala de Instancia, sin necesidad de acudir a interpretaciones, hipótesis, analogías o deducciones; y aquí la apreciación de la simulación no se ha hecho solamente en base a los domicilios que aparecen en esos documentos, sino en conjunción con otros aspectos fácticos que no han sido atacados por los recurrentes.

Fideicomiso de residuo «si aliquid supererit».—En tal caso los herederos fideicomisarios sólo recibirán en su día lo que quede o reste, si queda algo, lo que implica una modalidad fiduciaria condicional, de modo que según doctrina de esta Sala los fideicomisarios no adquieren derecho alguno hasta que la condición se cumpla, esto es, hasta que fallecido el fiduciario pueda saberse si hay o no residuo, por lo que a la muerte del testador únicamente surge a favor de los instituidos una expectativa de derecho a adquirir el concepto de heredero y que sólo se perfecciona cuando se extinga la vida del primer llamado.

Adjudicación de finca fideicomitada al fiduciario para pago de gastos de la herencia.—No quedan por este hecho los bienes libres de fideicomiso sin contar —cosa que aquí no se ha hecho— con la voluntad o aquiescencia de los herederos fideicomisarios, porque con ello se desvirtuaría el destino dado por la causante a los bienes fideicomitados cuanto por impedirlo lo normado en los artículos 781 y 783, párrafo 2.º, Código civil.

Adjudicación de finca fideicomitida al fiduciario para pago de gastos de la herencia.—Para atender a estos gastos el fiduciario podía haber vendido la finca adjudicada como medio para adquirir medios económicos con que pagar aquéllos, pero manteniendo el exceso en el haber hereditario como consecuencia del principio de la subrogación real, pero no quedaba facultado el fiduciario para conservar en su patrimonio un bien adscrito al fideicomiso y que en su momento, de no haber sido vendido, tenía que pasar a los herederos fideicomisarios con la deducción que entonces se hiciera de los abonos realizados por el fiduciario.

Error de hecho en la apreciación de la prueba documental.—Los documentos que se invocan para justificar la realidad del precio y la inexistencia de simulación lo único que revelan es la realidad de ciertos pagos y las extracciones de dinero de unas cuentas bancarias, pero no que, en contra de lo apreciado por la Sala, existiese verdaderamente precio en la compraventa discutida, pues no ha quedado destruida sin duda alguna, como requiere toda invocación de error de hecho, la apreciación de la sentencia de que tales actividades y comportamiento dinerarios pudieran obedecer a una toma de dinero por los propios administradores y subsiguiente devolución, sin desprendimiento de dinero propio.

Prueba de presunciones. Donación ilícita.—Entre los hechos acreditados y la consecuencia apreciada se da el enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, para establecer la inexistencia de la compraventa que se pretende como real y que responde exclusivamente a una donación ilícita, en cuanto tiende a impedir la efectividad de los derechos que tiene la demandante recurrente sobre las fincas afectadas por la simulación.

Precio inferior e inexistencia de la venta.—Si no es indispensable la existencia de exacta adecuación entre el precio y el verdadero valor de la cosa enajenada, hay que tener en cuenta que la sentencia recurrida no se base exclusivamente en tal circunstancia de lo bajo del precio para llegar a la solución de ineficacia de la compraventa, sino que ese dato es sólo uno de los elementos considerados, en conjunción con los demás apreciados, para reconocer una situación jurídica de venta simulada encubridora de una donación ilícita. (Sentencia de 25 de abril de 1981; ha lugar en parte.)

II. DERECHO MERCANTIL

45. *Censura de cuentas de las Sociedades Anónimas. Obligación de respetar los plazos legales.*—Las facultades investigadoras encomendadas a los censores de cuentas son en interés de los accionistas, situándoles en condiciones de poder emitir su voto con conocimiento de causa, y no es admisible limitarlas en cuanto al tiempo de que puedan disponer para desarrollar su labor. En este sentido el plazo de un mes, señalado en la Ley como máximo para la formulación del dictamen, ha de entenderse anterior, cuando menos, a los quince días precedentes a la celebración de la Junta, para posibilitar que

se cumpla lo dispuesto en el artículo 110 de la Ley de Sociedades Anónimas, incurriendo en nulidad los acuerdos de la Junta General de Accionistas que infrinjan este régimen. (Sentencia de 20 de junio de 1981; ha lugar.)

46. *Aval cambiario suscrito por gerentes de compañías mercantiles.*—A pesar de que el artículo 447 del Código de Comercio no menciona expresamente la facultad de «aval ar letras de cambio» entre las que, en el orden cambiario, incumben a los administradores de compañías, es evidente —sostiene el Tribunal Supremo— que, investidos de la facultad de «aceptar», una recta interpretación del precepto debe desembocar en la afirmación de la «plena capacidad cambiaria» de los gerentes de sociedades mercantiles para firmar por aval letras de cambio, obligando como avalistas a las sociedades que representan. Se confirma así, pues, la doctrina ya expuesta por STS de 6 de octubre de 1975. (Sentencia del TS de 19 de octubre de 1981; no ha lugar.)

47. *Legitimación para la acción de impugnación de acuerdos sociales. Forma de la constatación de la voluntad discordante.*—Reitera el Tribunal Supremo en esta resolución la doctrina ya sentada en las sentencias de 19-1-1974 y 22-VI-1979 al interpretar el artículo 69 L. S. A., en el sentido de que éste no «exige una fórmula concreta o especial para patentizar la voluntad discordante respecto del acuerdo social, bastando que conste por cualquier modo suficientemente claro y expresivo [...] aquella disconformidad. En el caso presente, al protestarse primero de un modo general y luego más específicamente en la alusión a la reserva impugnatoria (constando todo ello en el acta de la junta general), resulta paladina la voluntad de «oposición al acuerdo» a la que alude el citado precepto de la LSA. Sentencia del TS de 14 de octubre de 1981; ha lugar.)

48. *Marcas. Confundibilidad.*—El Tribunal Supremo reitera su doctrina tradicional en la materia estableciendo (I) que en el examen de las semejanzas debe prescindirse de las donaciones genéricas que las marcas incluyan, y (II) que las palabras o partículas que por sí solas no puedan ser objeto de marca y que, por lo tanto, puedan ser utilizadas por todos los concurrentes no cabe tenerlas en cuenta a la hora de efectuar el juicio de [no] confundibilidad.

Libre apreciación de la confundibilidad.—Partiendo de la afirmación de que el fundamento de la protección de la marca reside en su función diferenciadora, estima el Tribunal Supremo que la jurisprudencia «atenta a la necesidad de computar matizadamente todas las circunstancias concurrentes en cada caso y aptas para frustrar o apelar la indicación de la comunidad de origen que la marca garantiza [debe renunciar] anticipadamente al establecimiento de reglas fijas que ordinariamente la ley no le proporciona y [debe enfrentarse] siempre con las peculiaridades fácticas del concreto supuesto en cuestión para concluir acerca de la identidad o semejanza, fuera del caso, ciertamente excepcional, del párrafo 2.º del artículo 124 del Estatuto de la Propiedad Industrial en el que la ley misma sienta un obligado crite-

rio de semejanza fonética». (Sentencia del TS de 7 de abril de 1981; no ha lugar.)

49. *Acción cambiaria deducida en proceso declarativo y acción «ex causa».* Si bien no cabe identificar —afirma el Tribunal Supremo— la acción cambiaria con la acción ejecutiva y es posible el ejercicio de la primera en un proceso ordinario, tampoco cabe desconocer que, a pesar de que un mismo sujeto pueda al propio tiempo ser acreedor en el negocio subyacente y titular de un derecho cambiario, y, por consiguiente, gozar de una acción *ex causa* y otra *ex título*, tal dualidad de acciones no comporta la posibilidad de un ejercicio simultáneo de ambas, pues del párrafo 3.º del artículo 1.170 C. c., muy claramente se deduce que quedará en suspenso la acción derivada de la obligación primitiva en el caso de que haya sido ejercitada la cambiaria.

Prescripción de la acción cambiaria.—La acción declarativa contra el aceptante a tenor de lo dispuesto por el artículo 480 y por el 516 C. de C., con todo el rigor con que el primero de estos preceptos incorpora el viejo principio *chi accetta paghi* requiere, para prosperar, que se halle viva y no prescrita, y puesto que la deducida en juicio ordinario es también cambiaria y, por tanto, sometida a su normativa especial, le afecta el plazo de prescripción trienal a contar desde el vencimiento (*ex art. 950 C. de C.*). Modalidad de extinción ésta que alcanza a todas las acciones nacidas de la letra, sean directas o de regreso, ejecutivas u ordinarias e incluso en las de enriquecimiento.

Prueba del negocio causal.—La eficacia demostrativa de la confesión que sanciona el artículo 1.232 C. c. opera sólo respecto del hecho de la aceptación, pero por sí sola no determina la existencia del contrato causal (que en este caso debería ser de préstamo). (Sentencia del TS de 4 de julio de 1981; no ha lugar.)

50. *Acción de enriquecimiento cambiario. Legitimación pasiva de los endosantes.*—El artículo 525 C. de C. no es aplicable al endosante que habiendo recibido la letra no entrega o recupera más tarde la *valuta* de su concreto endoso, sino únicamente al endosante que actualmente tiene en su poder la *provisión*.

En defensa de esta tesis, que excluye la legitimación pasiva del endosante en estos supuestos, aduce el Tribunal Supremo una articulada argumentación que, en síntesis, podemos reducir a estos cuatro puntos: (I) El vocablo *deudor*, que emplea el mencionado artículo 525 C. de C., no puede ser entendido sino como equivalente a *librado*, «según general parecer —apostilla el juzgador de casación—, incluso compartido por alguno de los autores que a la postre mantienen la tesis que se descarta». En ningún caso, pues, cabe referirlo —como ha entendido el Tribunal de Apelación— a los endosantes; (II) «No viniendo [el endosante] obligado en ningún caso a efectuar la provisión de fondos [cfrs. arts. 456 a 460 C. de C.], claro es que la norma del artículo 525 del vigente Código —continúa el Tribunal—, como la de antecedente el 541 del de 1829, han de ser interpretados según la pauta proporcionada por su modelo, el artículo 171 del Código francés, que, si de letras perjudicadas se trataba, hacía derivar la responsabilidad de los endosantes de la tenencia en su

poder de la provisión destinada al pago de la letra ('... *les fonds destinés au paiement de la lettre de change*'), lo que lleva a concluir que de la misma manera que el 'deudor' a que se refiere el texto del artículo 525 no es otro que el librado-aceptante o, en defecto de aceptación, la persona responsable del reembolso con arreglo al artículo 460, el valor de la letra no será otro que el valor de su provisión, con total independencia de la valuta de los endosos; (III) Aduce el Tribunal Supremo como tercer argumento en defensa de su postura la solución mayoritaria del derecho comparado y muy particularmente la de los ordenamientos de la órbita «ginebrina»; (IV) Como último peldaño de su argumentación, hace notar el Tribunal que —como se desprende de todo lo anterior— «*el enriquecimiento del endosante 'descubierto' no se ocasiona en perjuicio del tenedor de la letra que entabla la demanda en ejercicio de una acción de tal naturaleza, sino de su endosante anterior*». Y si esto es así, «es manifiesto que la pretensión [...] en torno a la cobertura del endoso hay que reducirla a la esfera del endosante y endosatario, tanto si se la contempla como dirigida a lograr el cumplimiento del negocio causal existente entre ambos sujetos, como en el aspecto de acciones de enriquecimiento, y en consecuencia la posibilidad de reclamar contra un endosante como indebidamente enriquecido esgrimiendo el artículo 525, sólo surgirá en el caso singular de que el librador le hubiera cedido la provisión [...] o en la hipótesis de que a virtud de negocios celebrados por el endosante con el librador, el librado y el tomador sean novadas las relaciones subyacentes, asumiendo aquél la titularidad». (Sentencia del TS de 20 de junio de 1981; ha lugar.)

Hechos: Para comprender la doctrina de esta importantísima sentencia de nuestro Tribunal de Casación es necesario tener en cuenta que la resolución tiene su origen en dos letras de cambio libradas por *D. Joaquín Callejero* (apoderado de la sociedad tomadora) a la orden de *Explotaciones Bata-La, S. A.*, y aceptadas por *Huelva-Mar, S. A.* Dos letras que una vez emitidas han debido correr un enrevesado periplo. En efecto, el tomador las endosa a *D. Enrique Rodríguez*, quien, a su vez, y como prestación de contrapartida a una entrega de viviendas (*valor recibido*, por tanto) las cede mediante endoso a *Aecesa* (la inmobiliaria que le procura los pisos). Sucesivamente, las letras se endosan por parte de *Aecesa* a *Treconsa* y por parte de ésta a *Emixsa*, sociedad esta última —endosatario núm. 4— que resulta ser la tenedora de los títulos al momento del vencimiento (20 de mayo y 20 de enero de 1976). Presenta las letras al pago —lo cual no consta, según el resumen del TS—, pero desatendido éste, no procede a levantar los oportunos protestos. Por otra parte (y con independencia de la vida de los títulos), *D. Enrique Rodríguez* —endosante núm. 1, como se recordará— y *Aecesa* —endosante número 2— convienen, con fecha 14 de junio de ese mismo año 1976, resolver el contrato de compraventa de pisos por mutuo disenso, como consecuencia de lo cual el comprador devuelve a la inmobiliaria las viviendas que ya le habían sido entregadas. Asimismo, acuerdan la realización en el mercado de tales habitaciones para con el precio obtenido poder recuperar de las manos de su actual tenedor las letras, que serán devueltas al primer endosante, *D. Enrique Rodríguez*. Estando las cosas así, la sociedad poseedora de

las letras, es decir, *Emixsa*, presenta ante el Juzgado de Primera Instancia número 4, de Sevilla, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, reclamando el importe de las cambiales Y dirige la demanda —aquí está lo curioso del caso— contra el endosante segundo, *Aecesa*. El Juez de la instancia estima la demanda y declara que *Aecesa* debe la cantidad que suman los importes de ambas letras a *Emixsa*. Apelada la sentencia, resulta confirmada por la Audiencia Territorial de Sevilla. La resolución del Tribunal de Apelación —aun teniendo idéntico contenido condenatorio frente a *Aecesa*— rectifica, sin embargo la del juzgador de instancia, tratando con ello de «subsanan el error en que incurre [...] al confundir la cláusula valor de ese concreto endoso con la provisión de fondos de ambas letras y el ignorado contrato causal al que éstas responden»; y basa su pronunciamiento (condenatorio, como decíamos) en el *enriquecimiento del segundo endosante* —la parte demandada—, apoyándose para ello única y exclusivamente en el artículo 525 del C. de C. Frente a esta sentencia se interpone finalmente recurso de casación, que, como ya hemos visto, prospera al entender el Tribunal Supremo que el artículo 525 C. de C. resulta inaplicable al supuesto de hecho que hemos expuesto.

NOTA: Me parece importante precisar un par de extremos de esta notable sentencia. La resolución de la Audiencia había razonado en los siguientes términos: (I) *Aecesa*, endosante núm. 2, ha recibido la letra de *D. Eugenio Rodríguez* sin a cambio entregarle la debida contraprestación, la valuta (*recte*: le entregó los pisos, pero con posterioridad le fueron devueltos); y además ha recibido un corresponsivo al endosarla a *Treconsa, Aecesa*, pues, se ha enriquecido. (II) *Ergo*, por haberse enriquecido, el endosante resulta legitimado pasivamente a tenor de lo preceptuado por el artículo 525 C. de C.

El Tribunal Supremo parece aceptar el razonamiento *sub* (I), si bien lo descarta *sub* (II) por entender —según ha quedado visto— que la acción de enriquecimiento, en lo que toca al artículo 525, únicamente se refiere o legitima pasivamente al que se haya enriquecido con la provisión y no con los movimientos patrimoniales que viene a documentar la cláusula valor (Se recoge así la postura mantenida por EIZAGUIRRE, *La trascendencia de la relación causal en el derecho cambiario español*, en *Rev. der. priv.*, 1966, p. 910). Y puesto que el enriquecimiento de *Aecesa* es de este último tipo, revoca la sentencia del Tribunal de Apelación. El Tribunal Supremo —a la vista está— desarrolla toda su argumentación *sub* (II). Y a mi juicio lo hace con gran solidez y limpieza. Con ello descarta una tesis muy extendida en nuestra mejor literatura (y en la extranjera), según la cual nuestro Derecho positivo autoriza a que «esta acción de enriquecimiento sea planteada también frente al endosante que no abonó a quien le cedió la letra el valor de la misma y lo recibió sin embargo de su endosatario, que justamente es el caso que nos ocupa (GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, II, Madrid, 1955, pp. 221-222; BROSETA PONT, *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1978, p. 617; VICENTE Y GELLA, *Los títulos de crédito en la doctrina y en el derecho positivo*, Zaragoza, s. f., pp. 341-342. En la doctrina comparada, v., entre otros, DE SEMO, *Treatato di diritto cambiario*, Milano, 1953, p. 683). Esta postura queda debidamente desacreditada por la brillante argumentación del TS; básicamente por estos tres argumentos: (I) el *deudor* de que habla el artículo 525 no puede ser más que el librado aceptante; (II) la interpretación histórica conduce a entender el enriquecimiento sólo relativamente a la provisión y no a la cláusula valor; (III) el enriquecimiento del «endosante descubierto» (cfr. art. 460 C. de C.) no se ocasiona en perjuicio del tenedor de la letra, sino del endosante anterior. Nada tenemos que añadir a ello; o mejor dicho, siendo todo ello correcto, nos parece *excesivo*. El Tribunal Supremo razona *sub* (II), aceptando el razonamiento *sub* (I). En efecto, la pretensión del tenedor de la le-

tra de reintegrarse del endosante «enriquecido» podría haberse rechazado con una argumentación mucho más simple; esto es, *aduciendo que aquel endosante en rigor jurídico (en terminos de composición del patrimonio) no se ha enriquecido o si lo ha hecho ha sido con causa o justamente*. En efecto, las tesis que ven el enriquecimiento en la circunstancia de que el endosante ha recibido la valuta sin haber satisfecho nada al obligado de grado anterior (cual es el supuesto de la sentencia que anotamos) no se dan cuenta de que eso se produce (I) o bien porque dicho endosante ha recibido el título *donandi* causa, en cuyo caso no hay enriquecimiento injusto porque media la «liberalidad del bienhechor», que es la causa—al decir del art. 1.274 del C. c.— del negocio gratuito; (II) o bien porque el endosante —y ésta es una hipótesis que suelen referir los tratadistas alemanes ya desde el siglo pasado— ha adquirido la letra de una manera desleal (*unredliche*) o a través de una conducta prohibida (piénsese en una sustracción o con el que se encuentra una letra desaparecida y luego la pone en circulación). Pero en estos casos, el remedio no es estrictamente cambiario, sino que hay que acudir a los expedientes generales del caso: los instrumentos penales o civiles (artículo 1.902 C. c.) (cfr., para citar un autor clásico y otro moderno. LEHMANN, *Lehrbuch des deutschen Wechselrechts*, Stuttgart, 1886, p. 579; y KAPFER, *Handkommentar zum Wechselgesetz*, Mainz-Wien, 1969, p. 279); (III) o bien porque el endosante —y éste es el caso que más nos interesa por ser el más usual— no ha cumplido sus obligaciones *ex causa* respecto de su endosante precedente; es decir, no le ha suministrado la valuta incumpliendo el negocio subyacente. Y aquí es donde se encuentran todas las confusiones. Me parece claro que en rigor no puede hablarse de «enriquecimiento» en supuestos tales, pues éste queda jurídicamente eliminado por la deuda *ex contractu* o *ex delicto* que persiste a su cargo y contra el obligado anterior. No hay enriquecimiento porque la partida del activo de su patrimonio queda compensada con la partida del pasivo, que viene dada por la deuda causal (cfr. CASTELLANO, *La responsabilità cambiaria nei limiti dell'arricchimento*, Padova, 1970, páginas 252-254, y HUECK-CANARIS, *Recht der Wertpapiere*, München¹¹, 1977, p. 126). De tal forma que si legitimásemos pasivamente a este endosante para la acción de enriquecimiento, en realidad, estaríamos provocando su empobrecimiento, pues le haríamos pagar dos veces: una al tenedor del título perjudicado *ex art. 525*, y otra a su endosante anterior *ex causa*. Y a rebatir este argumento no sirve desde luego la crítica de ANGELONI, basada sobre la observación de que nuestro endosante «habría estado igualmente obligado como endosante si el tenedor no hubiese incurrido en la decadencia de la acción cambiaria del regreso», pues como justamente apostilla Castellano «el endosante responde siempre en vía de regreso por efecto de la firma [...] puesta sobre el título [...], sin que pueda tener relieve la relación subyacente con el obligado precedente, de la cual se podrán o no, según los casos, derivar excepciones causales para paralizar la acción de regreso ulterior» (CASTELLANO, *op. cit.*, p. 294). ¡Algún efecto habrá de tener el perjuicio de la letra! Con estas líneas no queremos negar legitimación pasiva a los endosantes en todos los casos, como han sostenido algunos de nuestros mejores cambiarios (Rubio, Girón; últimamente, de *lege ferenda* y de cara a una eventual incorporación al derecho interno de la ley de Ginebra, Guillermo Jiménez, etc.); antes al contrario—pero ésta es materia de un trabajo que preparo actualmente—, estimo: (I) que el endosante *debe* estar legitimado pasivamente en la (mal llamada) «acción de enriquecimiento», y (II) que nuestro ordenamiento cambiario vigente permite una lectura en ese sentido.

C. P. A.

51. *Poliza de seguro. Documento auténtico.*—El Tribunal Supremo vuelve a afirmar su doctrina sobre el particular, estableciendo que para que un documento pueda ostentar la privilegiada condición de auténtico «ha de hacer prueba inmediata y directa por sí, esto es, sin necesidad de deducción o interpretación alguna».

Cómputo de plazos.—Ante la oscuridad de las estipulaciones contractuales relativas a la fecha de comienzo de la vigencia del contrato, inaplicable el artículo 60 del Código de Comercio, por no fijar regla alguna de cómputo para las obligaciones cuya vigencia venga señalada de fecha a fecha, y en virtud de lo prescrito por el artículo 50 del mismo texto legal, es necesario acudir a la regla de cómputo del artículo 1.130 del Código civil, a cuyo tenor, si el plazo de la obligación está señalado por días a contar desde uno determinado, se excluirá éste del cómputo, que, de consiguiente, deberá empezar en el día siguiente. (Sentencia del TS de 13 de mayo de 1981; no ha lugar.)

52. *Seguro de transporte. Litisconsorcio pasivo necesario.*—No procede la excepción, porque la relación aseguradora que une al demandado (porteador) con su compañía de seguros es extraña a la del perjudicado (cargador) con su propio asegurador, el cual actúa contra el primero por subrogación (artículo 437 del Código de Comercio).

Seguro de transporte. Póliza flotante.—No procede admitir la pretendida violación del artículo 433 del Código de Comercio por constituir cuestión nueva. A mayor abundamiento, la póliza flotante, por su propia indeterminación inicial, justifica que la concreción particularizada a los efectos del número 1 del artículo 433 se haga por separado en cada caso, cuando se concierte el respectivo transporte. (Sentencia de 12 de mayo de 1981; no ha lugar).

NOTA: La expresión «póliza flotante» puede utilizarse con referencia a cualquier supuesto de seguro, simple o plural, en el que inicialmente queden indeterminados algunos de sus elementos, aunque suele ser la denominación usual de una concreta modalidad conocida como «seguro en abono». La existencia de una necesidad, duradera y reiterada en el tiempo, de contratar coberturas frente a determinados riesgos, especialmente sentida en el ramo transportes, determina la conclusión de un seguro plural que cubra anticipada y preventivamente los riesgos que corran las mercancías que el asegurado reciba o expida durante un determinado período de tiempo. Las propias características del contrato determinan la adaptación del normal contenido de la póliza, circunstancia que ha sido valorada de diversa manera en la doctrina (vid. GARRIGUES, J., *El contrato de seguro terrestre*. Madrid, 1973, página 375, y URÍA, R., *El seguro marítimo*. Barcelona, 1940, págs. 62 y sigs.) y enjuiciada ahora por el Tribunal Supremo, aunque de manera incidental y a mayor abundamiento, de la manera que parece más correcta, en atención a la especialidad del supuesto. Resulta así que a la indeterminación inicial corresponde una *documentación plural y progresiva* del contrato, iniciada con la «póliza flotante», proseguida con la «declaración de abono» (cfr. art. 8, 2, de la nueva Ley de Contrato de seguro, según el cual la póliza flotante deberá especificar la forma en que *debe* hacerse tal declaración) y culminada con el «certificado de seguro», correspondiente a cada uno de los transportes realizados y que encuentra su mayor utilidad en los supuestos de disociación de las figuras del contratante y del asegurado, del titular de la póliza flotante y del concreto interés asegurado. En la actualidad, la tesis jurisprudencial puede ser referida a los párrafos 1.º y 2.º del artículo 8 de la Ley de Contrato de Seguro, quedando reforzada por la misma consagración legislativa de la póliza flotante.

L. F. C.

53. *Indemnización de las mercancías no entregadas en el contrato de transporte. Facultad de moderación.*—Asumido que la relación jurídica que liga a

las partes es la propia de un contrato mercantil de transporte y probado que las mercancías transportadas no llegaron a su destino, es incuestionable la responsabilidad que pesa sobre el porteador a abonar su importe, en los términos prescritos por los artículos 362, 363 y 379 del Código de Comercio, es decir, a entregar el «valor de los [efectos] no entregados, en el punto donde debieran serlo y en la época que corresponda hacer su entrega». A tenor de lo cual el *quantum* indemnizatorio —estima el Tribunal Supremo—, viene integrado por el montante de esa suma, que no puede ser reducida a la vista del texto preciso de tales preceptos. Ya la STS de 19 de diciembre de 1944 se había pronunciado sobre tal extremo, al disponer que «estableciéndose en este artículo [se refiere al 363 C. de C.] en la obligada relación que guarda con el 361, que el porteador, cuando a ello viene obligado, ha de pagar el valor de las mercancías que no entregue, apreciado por el que tuvieren en el lugar y tiempo de recepción, *ni es dado al Juzgador separarse de esa norma, salvo el caso de que otra cosa se hubiere convenido en el contrato, ni puede a pretexto de consideraciones de equidad, de mayor o menor relieve, prescindir de una norma reguladora de su conducta*». De lo que se deduce que el juez de instancia no está autorizado para hacer uso de la facultad de moderación, cuando existe una norma concreta que establece el *quantum indemnizatorio*. Pero es que además —precisa el alto Tribunal— la facultad de moderar podrá ser utilizada por los Tribunales sólo *según los casos* (*ex art. 1.103 C. c.*), es decir, «atendidas las circunstancias y normas legales que los afecten» y siempre «dando las razones que justifiquen el uso de tal facultad que no es arbitraria ni discrecional [...], sino limitada a los usos, buena fe, las leyes de orden público, la naturaleza de la culpa y la *desigualdad económica* de los contratantes». (Sentencia de 30 de junio de 1981; ha lugar.)

III. DERECHO PROCESAL

54. *Determinación de los hechos*.—No es dable oponer, como dijo la sentencia de esta Sala de 23 de junio de 1965, a los hechos establecidos por el juzgador el criterio particular del recurrente, cuando es racional la admisión de aquéllos, incluso aun cuando alguna duda quepa acerca de su absoluta exactitud.

Normas que regulan el «onus probandi».—Son normas que, como hubo de sentar la sentencia de esta Sala de 18 de noviembre de 1965, no tienen un carácter absoluto incompatible con las facultades que asisten al juzgador de instancia en orden al examen y valoración de las pruebas prácticas a solicitud de cualquiera de las partes y actitud sincera o evasiva que éstas adopten durante el proceso.

Presunción.—Los aludidos hechos no demuestran que la presunción sea improcedente por ilógica o absurda, lo que impone que haya de respetarse el criterio del Tribunal de Instancia. (Sentencia de 19 de junio de 1981; no ha lugar.)

55. *Error de derecho*.—Según reiteradas declaraciones de esta Sala, la última en la Sentencia de 7 de marzo de 1981, sólo se comete «cuando se in-

fringe un precepto legal, no reconociendo a determinada prueba la eficacia que la ley le concede».

Distinción entre confesión judicial y confesión extrajudicial.—No se pueden equiparar la confesión judicial propia, por sujeta a las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a la *contradicción* consiguiente a haber de ser practicada dentro del juicio, y la que el Código civil denomina confesión extrajudicial, que carece de sustantividad o entidad como medio probatorio distinguible de los otros y con eficacia probatoria particular o singular separable de la de aquel medio que sirva de cauce para acreditarla dentro del juicio, respondiendo la confesión extrajudicial a la consideración, ya abandonada, de conceptuar la confesión en todas sus formas, no como un medio de prueba, sino como un negocio jurídico de disposición enclavado en el derecho material, consideración que se transparenta en el artículo 1.231 del Código civil, antecedente del 1.239, que es el invocado en el motivo que se estudia, artículo este último en el que ya aflora la muy distinta eficacia de los dos tipos de confesiones, diferenciables asimismo desde otro punto de vista, consistente en que mientras la judicial se destina al órgano jurisdiccional derechamente y está sujeta a la contradicción, la extrajudicial, aunque hermanada impropia con la judicial dentro del artículo 1.231, pero en el artículo 1.239, en atención a su distinta naturaleza y tratamiento procesal, ya aparece conceptuada meramente «como un hecho», y el dejarlo «sujeto a la apreciación de los Tribunales», según las reglas establecidas sobre la prueba, tanto quiere decir como que ha de ser probado mediante el empleo para ello de otro u otros de los demás medios probatorios admitidos, siendo por todo ello la del caso un documento con el contenido que ofrece y carente de sustantividad propia como prueba de confesión, sin otro valor probatorio que el de la prueba documental privada.

Documento auténtico.—No merece tal conceptualización el que ya ha sido tomado por el Juzgador de instancia en adecuada consideración. (Sentencia de 26 de octubre de 1981; no ha lugar.)

56.—*Interpretación del contrato.*—Es doctrina reiterada de esta Sala que la interpretación de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de instancia, la que ha de llevarse a efecto conforme a la realidad de los hechos y a los términos de lo convenido, y ha de prevalecer en casación salvo que contradiga alguna de las normas de hermenéutica contractual y resulte ilógica o absurda, circunstancias que no se dan en la sentencia objeto del presente recurso. (Sentencia de 30 de mayo de 1981; no ha lugar.)

57. *Arrendamientos. Consignación del importe de las rentas debidas.*—El único apelante, es decir, el en su día demandado y ahora recurrente, se limitó a discutir el tipo de contrato arrendaticio, insistiendo que se trataba de local de negocio, por lo que al apelar debió necesariamente cumplir con la obligación impuesta por el artículo 1.567 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de consignar el importe de las rentas debidas, lo que no efectuó, a causa de lo cual la sentencia recurrida en este trámite, por tratarse de una exigencia de orden público, estimó de oficio su incumplimiento y sin entrar en el

fondo declaró la nulidad de las actuaciones a partir de la providencia del Juzgado, resolución que debe ser confirmada por sus propios fundamentos. (Sentencia de 14 de julio de 1981; no ha lugar.)

58. *Recurso de casación por quebrantamiento de forma. Reclamación oportuna.*—La parte demandada opuso, en su día, la causa del número 2 del artículo 1.467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por pretendidos defectos de poder de representación del ejecutante, siendo rechazada por los Juzgadores de instancias, al ser inaplicable al supuesto de falta de fuerza ejecutiva del título; ahora, sin embargo, se alega la falta de personalidad del Procurador, al amparo del número 2 del artículo 1.693 de la Ley Procesal, motivo que no fue reclamado como omisión o falta oportunamente, como exige el número 4 del artículo 1.762.

Quebrantamiento de forma. Requisitos.—Debe citarse no sólo el número del artículo 1.693 L.E.C. en que se apoye, sino también el precepto legal que se estime infringido y como en el presente caso se aducen preceptos del Reglamento Notarial de 1921, coincidente con los del vigente de 1944, no puede entenderse que se haya producido un quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio. (Sentencia de 9 de octubre de 1981; no ha lugar.)

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad.*

ROCA TRÍAS, Encarna: *Sistema de fuentes del Derecho de Mallorca.*

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: *"La naturaleza del "leasing" o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales."*

2. VIDA JURÍDICA

CASTÁN VÁZQUEZ, José María: *El código civil de Andrés Bello y la unidad del sistema jurídico iberoamericano.*

ELIZALDE Y AYMERICH, Pedro de: *Congreso Jurídico Internacional.*

3. BIBLIOGRAFÍA

4. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

5. JURISPRUDENCIA

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: *En torno a la prejudicialidad administrativa.*