

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXXV
FASCICULO IV



OCTUBRE-DICIEMBRE
MCMLXXXII

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de Derecho civil

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

JAIME GUASP DELGADO
Catedrático de D. procesal y Abogauo
del I. C. de Madrid

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

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

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

RAFAEL NUNEZ LAGOS
Notario de Madrid

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

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

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

Secretario:

ANTONIO-MANUEL MORALES MORENO

SUMARIO

Páginas

Estudios monográficos

FEDERICO DE CASTRO: <i>Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad</i>	987
ANTONIO MARTÍNEZ LAFUENTE: <i>Notas sobre las recientes reformas del Código civil en relación con el ordenamiento tributario</i>	1087
ANTONIO GORDILLO: <i>La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de familia</i>	1111

Información Legislativa

A cargo de Pedro de Elizalde Aymerich	1161
--	------

Bibliografía

Libros	1193
ALDANONDO SALAVERRIA, María Isabel: <i>Mentalidad divorcista y consentimiento matrimonial</i> , por J. Bonet Correa.—CANO RICO, José Ramón: <i>Mediación, fe pública y Derecho Bursátil</i> , por J. Bonet Correa.—CARRIER, Denis: <i>La estrategia de las negociaciones colectivas</i> , por José Bonet Correa.—DIETER EICKMANN: <i>Rechtspfleger Studienbucher</i> , por Antonio Pau.—GENDREL, Michel: <i>Affronter l'ora</i> , por J. Bonet Correa.—GUARNERI, Attilio: <i>Diritti reali e diritti di credito</i> , por José María Miquel González.—SUPPIEJ, Giuseppe: <i>Il rapporto di lavoro (costituzione e suolgimento)</i> , por J. Bonet Correa.—VALLET DE GOYTISOLO, Juan: <i>Estudios de Derecho Sucesorio. IV. Computación, imputación, colación</i> , por J. Bonet Correa.	

Revista de revistas

II. Revistas Extranjeras, a cargo de Antonio Pau Pedrón	1205
---	------

Jurisprudencia

I. SENTENCIAS COMENTADAS:

<i>Limitaciones legales a la renta pactada con cláusula de actualización en un arrendamiento de local de negocio</i> (Comentario a la Sentencia del T. S. 11 abril 1981), por J. Bonet Correa	1221
---	------

II. SENTENCIAS	1227
----------------------	------

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 IV



OCTUBRE-DICIEMBRE
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 las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad

FEDERICO DE CASTRO

La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor

SUMARIO.—I. *Indicaciones previas*: 1. Propósito de este ensayo. 2. Sobre el método seguido. 3. Ocasión de estas notas.—II. *La ley sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia*: 1. Significado general de la Ley. 2. La protección del consumidor. 3. Eficacia general de la Ley. 4. Alcance de la competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia. a) La facultad de declarar la nulidad de los convenios restrictivos de la competencia. b) La competencia privativa del Tribunal de Defensa de la Competencia. 5. La Ley sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia en la realidad.—III. *Antecedentes remotos de la protección del consumidor frente a las prácticas restrictivas de la competencia*.—IV. *El concepto de orden público*: 1. Motivos para su estudio en estas notas. 2. El sentido propio del término. 3. El orden público en el Código francés. 4. El orden público según la doctrina. 5. El orden público en los códigos civiles. 6. Naturaleza y funciones del orden público. a) Cláusula general de la Ley. b) Sentido pseudo-técnico del orden público. c) Conexión entre los conceptos de orden público y de buenas costumbres. d) El orden público instrumento de la evolución de la autonomía de la voluntad. e) El orden público y los convenios restrictivos de la competencia. 7. El orden público económico.—V. *¿Hacia otra concepción de la autonomía de la voluntad?*: 1) La concepción liberal del contrato. 2. El contrato por adhesión. 3. Las cláusulas generales de los contratos. 4. Los pactos leoninos. 5. Las normas dispositivas. 6. La naturaleza de cada contrato. 7. La doctrina española.—VI. *La protección del consumidor y la autonomía de la voluntad*: 1. Origen y alcance del movimiento de protección del consumidor. 2. Contenido de la defensa del consumidor. 3. Definición restrictiva del consumidor. 4. La astucia de las definiciones restrictivas del consumidor. 5. Interés de las cuestiones sobre el consumidor para el legislador español. 6. ¿Cómo hacer prácticamente efectiva la protección del consumidor?

I. INDICACIONES PREVIAS (*)

1. *Propósito de este ensayo.*

El largo tiempo ya transcurrido desde que se comenzaran a escribir estas notas, su apariencia heterogénea, visible ya en su mismo título, y las disgresiones que todo ello acarrea, parecen exigir el dar unas explicaciones previas al lector, tanto sobre su general sentido y común propósito, como también sobre la especial ocasión que motivara el examen conjunto de temas, como ellos, tan dispares y «extravagantes» en apariencia para el civilista.

En verdad se trata en todos ellos siempre de una misma cuestión, la del alcance del principio de la autonomía de la voluntad y en concreto del enfrentamiento respecto al mismo, de dos tendencias fundamentales y opuestas.

Coinciden de un lado una serie de corrientes de la doctrina jurídica y de la ideología política, alentadas o fomentadas por poderosos grupos de intereses, que repugnan cualquier limitación de la autonomía (1). La ideología liberal proclama el criterio del «laissez faire», el positivismo predica la desconexión del Derecho respecto a la Ética. Los mercantilistas centran su atención en la empresa y repugnan cualquier intervención judicial sobre la validez de los contratos y defienden la vigencia actual de la «nueva lex mercatoria» (2). El neo-liberalismo insiste en reducir al mínimo la valoración jurídica de las relaciones contractuales, como extrañas al desarrollo y prosperidad económica. En fin, la visión económica del mundo, propia de la «sociedad opulenta», vuelve a los dogmas del viejo liberalismo y se apela para ello a la ciencia económica y se postula la total subordinación del orden jurídico al orden económico (3). De todo lo que se deducirá al carácter absoluto del principio «pacta sunt servanda».

(*) De nuevo he de agradecer aquí a Antonio Manuel Morales su generosa e invaluable ayuda, proporcionándome bibliografía y facilitándome el manejo de libros y revistas.

(1) Las disposiciones legales se interpretarán, al efecto, restrictivamente; el orden público se reduce a deber respetar las instituciones fundamentales del Estado, y la moral se entiende referida sólo a las relaciones sexuales y familiares.

(2) Sobre esto, el *Arbitraje y la nueva «lex mercatoria»* en este ANUARIO, XXXII, fasc. IV (octubre-diciembre, 1979), en especial págs. 660 y siguientes.

(3) Esta dirección se ha revestido de un aspecto más técnico y esotérico en la corriente doctrinal denominada «New Law and Economics»; la que, mediante un pretendido análisis económico del Derecho, reemplaza la moral por la utilidad y verá en los contratos sólo la función de la «facilitación del mercado», la que se persigue mediante el minimizar los costes de transacción. Sobre esta escuela o dirección, el muy notable y erudito estudio de PAZ-ARES (Cándido), *La economía política como jurisprudencia racional. Aproximación a la teoría económica del derecho*, en este ANUARIO, XXXIV, III (julio-septiembre 1981), págs. 601 y siguientes. Ha de advertirse, que este trabajo no supone una aceptación a ojos cerrados de la teoría expuesta; conviene al efecto considerar con atención las discretas observaciones críticas hechas sobre ella, especialmente en las conclusiones finales.

En dirección radicalmente contraria, se piensa y se sostiene que la autonomía de la voluntad tiene límites intrínsecos, conforme a su misma naturaleza jurídica. Criterio que, de modo más o menos declarado o rotundo, se viene defendiendo por muchos autores, se manifiesta en sentencias de los Tribunales y se refleja en varias leyes recientes, en defensa de los consumidores o del contratante más débil. Se piensa que el juez, los juristas, los poderes públicos en general, no pueden ser neutrales y prestar su colaboración al cumplimiento de un contrato, cualquiera que sea su contenido. El contrato no es sólo cosa de los contratantes, lo que ellos digan querer o del más fácil funcionar del mercado. Cuando se pide por un contratante que se obligue al otro a que cumpla lo que prometió, ya es cosa de los poderes públicos, al ser necesaria su intervención «*manu militari*». Se plantea entonces la cuestión, ¿pueden dichos poderes, en especial los jueces, imponer el cumplimiento de condiciones, cláusulas o pactos que resulten evidentemente injustos o leoninos? Si la pregunta se contestase afirmativamente, se concluye, no se podrá calificar la labor del juez de encarnación de la Justicia, ni al Estado de Estado de Derecho (4).

2. Sobre el método seguido.

Las referidas dos concepciones jurídicas tienen su natural reflejo en la práctica jurídica de los Tribunales. Este efecto puede mostrar mejor que nada el significado social de cada una de ellas y el resultado que su aceptación supondría, llevando a soluciones opuestas en cada uno de los temas aludidos en el epígrafe de este trabajo. Por ello ha parecido oportuno adelantar, como ejemplos ilustrativos de lo que en él se pretende, una referencia a casos relativos a cada uno de los dichos temas.

En favor de los consumidores se han tratado de combatir los monopolios y las prácticas restrictivas de la competencia; en España, por la ley de 1963 y por medio del Tribunal de Defensa de la Competencia. A pesar de una y otro, un espeso entramado de acuerdos y prácticas imponen, en el tráfico cotidiano, condiciones en daño del consu-

Por mi parte, no debo ocultar que la doctrina referida me parece que podría denominarse, mejor que teoría económica del Derecho, teoría económica sin Derecho, en la que, olvidándose de lo que es la esencia del Derecho, se nos ofrece una hábil y recatada versión de tendencia permisiva del incontrolado poder de las grandes empresas y de las multinacionales, autorizada por el lenguaje propio de la ciencia económica a la moda, con sus apelaciones a la estructura del mercado y a la productividad.

(4) Se plantea aquí la cuestión, siempre latente, de qué se entiende por Justicia y por Estado de Derecho. Sin tratar aquí de contestarla (puede verse lo dicho en «extenso» en *Derecho civil de España*, Madrid, 1955, páginas 11 y siguientes), cabe afirmar que atender sólo a la mencionada dirección económica o mercantilista, supone propugnar una sociedad amoral, en la que el débil es sacrificado, en el altar de la eficiencia del mercado, en beneficio de «los grandes de la economía».

midor. Antiguos y modernos sindicatos, gremios, asociaciones, colegios y grupos profesionales, se ponen de acuerdo para mantener y no disminuir precios (hacer rebajas), a no ofrecer mejores condiciones que los por ellos convenidos. El consumidor las encuentra por doquier en la librería, en la farmacia, en el despacho del profesional colegiado. Surgen entonces las preguntas, ¿son válidos civilmente dichos pactos? ¿Están obligados a cumplirlos entre sí empresarios o profesionales?

Cosa mejor estudiada hoy es la de los pactos abusivos o leoninos, contenidos en las condiciones generales o especiales de los contratos. ¿Son válidos? Por ejemplo, comprar una máquina, que resulta inservible al uso para el que se la adquiere y frente a la reclamación del comprador, se opone un pacto de exención de responsabilidad. ¿Podrá el comprador pedir la nulidad de la compra, que se le entregue otra máquina que funcione debidamente? Pregunta que origina otras cuestiones. ¿Tales pactos leoninos son contrarios al orden público o a las buenas costumbres, o por el contrario el orden público y las buenas costumbres imponen que todos los pactos, cualquiera que sea su contenido, sean respetados?

Otra cuestión de semejante naturaleza presentan las disposiciones especialmente dictadas en beneficio del consumidor, en el ámbito de la contratación. ¿A qué personas habría de considerarse consumidores? ¿Han de excluirse a los vendedores, a la pequeña y mediana empresa, aunque unos y otros sean víctimas de una gran empresa o de una multinacional?

Tales cuestiones —restricciones de la competencia, pactos abusivos y orden público y más en general la protección de los consumidores— son quizá de las más adecuadas para observar cuáles son los límites intrínsecos de la autonomía de la voluntad.

Todavía parece debida una aclaración o justificación sobre el modo en que se ha enfocado este trabajo. Se ha realizado sobre la base de espigar datos y ejemplos, considerados típicos, en la doctrina de los autores, de la jurisprudencia y la legislación; muchos de ellos recogidos de Derechos extranjeros. No se ha pretendido realizar un estudio de Derecho comparado y menos exonerarlo con citas, en prurito de erudición. Se ha procedido así para mostrar algo que parece evidente, la paralela evolución del pensamiento jurídico en los países del mundo del capitalismo occidental, sobre el alcance de la autonomía de la voluntad. Ello resulta del semejante desarrollo de la realidad socio-económica, y del consiguiente enfrentamiento de las pretensiones de las grandes empresas nacionales y de las multinacionales, con los movimientos defensivos frente a ellas, de protección de los más débiles, del consumidor aislado y de la pequeña y mediana empresa (5).

(5) Esta situación no es exclusiva del capitalismo occidental. Se produce también en países en que el Estado es el único empresario y hay descentralización de las empresas. En Hungría se ha creído necesario proteger a las empresas que se «encuentran en posición contractual desfavorable», respecto pactos abusivos (en general a favor de las empresas adquirentes respecto de las productoras); así, en el artículo 209 del Código civil revisado

Al señalado acercamiento de la infraestructura económica de los países de la economía de libre comercio, de los países desarrollados industrialmente y de los en vías de desarrollo (6) se une el influjo en todos ellos de paralelas tendencias ideológicas, políticas y de las varias escuelas jurídicas (7). Puede hablarse, por ello, de una cierta internacionalización de la cultura jurídica (8). La que no sólo resulta del desarrollo e importancia del comercio internacional, de las conferencias y de los acuerdos para facilitarlos; la ciencia, incluso la jurídica, como sistematización de saberes, no conoce fronteras (9). En los distintos países podrán observarse análogas encontradas tendencias y semejantes causas y formulaciones de ellas (10). Lo que ya ha hecho decir que el obstáculo mayor para la unificación del Derecho privado (por ejemplo, la de la venta o la de la comisión) no es la diversidad de leyes nacionales, sino el que los Estados están representados en ellas por expertos de distintas escuelas jurídicas.

En la doctrina y en la práctica española pueden advertirse las mismas encontradas corrientes sobre la autonomía de la voluntad, aunque con menos agudeza que en otros países. La situación actual, de

de la República popular húngara, EÖRSI, *Le condizioni generali di contratto nell'esperienza ungherese*, en *Le condizioni generali di contratto a cura di Massimo Bianca*, Milano, 1979, págs. 249 y siguientes. En el régimen autogestionario de Yugoslavia, la ley sobre relaciones obligacionales (30 marzo 1978) contiene una regla fundamental de protección de los consumidores (art. 8.º), estableciendo límites que corresponden a los del orden público y de la moral (la de la sociedad socialista autogestionaria), BLEGOJEVIC, *Some Features of new Yugoslav law on obligations*, *Yugoeslav law 1981*, Nr. 3, págs. 8 y 10.

(6) Lo que explica el hecho de que, a propuesta del gobierno húngaro, se crease en las N. U. la comisión sobre el comercio internacional (1966) y que se piense en los países socialistas en dictar leyes, sobre la base de la autonomía de la voluntad, para las relaciones comerciales internacionales.

(7) La reciente *Introduzione al Diritto della civiltà europea*, Padova, 1982, de RAVÀ (Tito), atiende a este hecho. Se explica su referencia a la civilización europea, porque ella ha dado y sigue siendo la pauta de la ciencia jurídica en todo el mundo.

(8) La comunidad cultural jurídica europea no desaparece con la vigencia del Derecho común. A pesar de las leyes y ordenanzas nacionales, sigue existiendo, mientras se mantiene el uso del latín en los libros de Derecho y ellos se editan y difunden sin distinción de países. La gran crisis de esa unidad cultural se produce con el movimiento codificador, éste, a su vez, origina círculos especiales de influencia cultural, como ocurre en torno a los Códigos y doctrina francesa y alemana; y a la misma «Common Law», a uno y otro lado del Atlántico; ni siquiera ha existido una completa incomunicación entre la doctrina continental y la británica; recuérdense, por ejemplo, las obras de Austin, Holland, Pollock y las de los modernos autores de libros de «Jurisprudence», mientras que los autores continentales se refieren de modo creciente al Derecho británico y al de los Estados Unidos; la ignorancia sobre la orientación de las doctrinas extranjeras tiende a disminuir, incluso en los países de más estrecho nacionalismo.

(9) Pese a la conocida frase de Pascal sobre los Pirineos.

(10) Dada la imposibilidad de hacer un estudio o una referencia exhaustiva de los Derechos extranjeros considerados, se limitan las citas a los datos que se estiman más típicos o significativos de las tendencias doctrinales examinadas, sobre la concepción de la autonomía de la voluntad.

rápido cambio de la sociedad de consumo y, sobre todo, la necesaria inserción de España, de hecho o de Derecho, en la Europa de los comerciantes, le coloca ante los mismos choques de intereses y encontradas corrientes ideológicas.

Conocer unos y otros prácticamente, sin dejarse influenciar por intereses clasistas o por la moda, sería medida prudente y hoy hasta necesaria para el jurista español. Advertencia a la que habrá que añadir como auto-advertencia, la de que el civilista educado en el comentario de leyes y sentencias tiene todavía, y aquí muy especialmente, otra más alta tarea, la de buscar y luchar por una más justa ordenación jurídica.

3. Ocasión de estas notas.

Aunque puede no tener interés alguno para el lector, me atreveré a una nueva disgresión y ello será para decirle el motivo primero que llevara a la redacción de este ensayo; pues esto puede servir para explicar (aparte de desgraciadas circunstancias personales) la tardanza de su terminación, para justificar o excusar sus defectos de orden y de redacción y también para contar a qué y a quién se debe el que se haya publicado, con el fin ambicioso de tratar de las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad, desde puntos de vista y en materias que pueden considerarse «extravagantes» para los civilistas.

Las notas aquí reunidas se inician con un propósito estricto y modesto, el de dar noticia de la notable sentencia del Tribunal Supremo del 31 de diciembre de 1979 y el de llamar la atención sobre el curioso caso de la Asociación de Agentes Mayoristas de Vizcaya para la venta de aceites minerales y otros productos petrolíferos (1). Plantea la cuestión de la validez del convenio creando dicha Asociación, la que tiene como causa implícita una restricción de la competencia, en daño del consumidor.

El caso referido ofrece, además, la peculiaridad de que, después de haberse planteado ella ante el Juzgado de primera instancia de Bilbao, fuera llevado ante el Tribunal de Defensa de la Competencia.

(1) Estando todavía en preparación el comentario a la citada sentencia, SAINZ MORENO publicó una breve nota sobre el mismo, bajo el título *El principio de libre competencia y el orden público económico*. R.E.D.A., número 24, págs. 134-138, en la que se remite a su estudio *Orden público económico y restricciones de la competencia*, R.A.P., núm. 84, sep.-dic., páginas 597-643, en el que dicho autor examina con detenimiento ciertas cuestiones fundamentales que suscitaba el caso, luego resuelto definitivamente en la citada sentencia.

Debo agradecer la primera noticia de ambos estudios a Eduardo García de Enterría, al contarle mi propósito de comentar tan citada sentencia. Hubimos de hablar de su relevancia como manifestación de la protección del consumidor y de la cuestión de los límites de la autonomía de la voluntad, conversación a la que se debe haber cambiado el enfoque del comenzado estudio, y a la que éste en verdad se debe.

La que se acentúa observando que la sentencia del Tribunal Supremo y las tres dictadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia (2), si bien coinciden en aceptar las alegaciones del demandado, que pide la nulidad del convenio constituyendo la Asociación, discrepan en que cada Tribunal llega a dicha conclusión en base a distintos fundamentos y estimando con diferente amplitud la dicha nulidad. Discrepancia que, por ella misma, hacía ineludible buscar las raíces de la «ratio decidendi» de las sentencias de uno y otro Tribunal; tal búsqueda ha sido el motivo principal del cambio de orientación de este trabajo, como ya indica el título que lleva.

El haberse planteado el caso de la Asociación de Agentes Mayoristas de Vizcaya, también ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, hacía inevitable tener en cuenta la ley sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia y, con ello, seguidamente, la delimitación de jurisdicción entre los Tribunales civiles y el Tribunal de Defensa de la Competencia. Por su parte, los Tribunales civiles habían enfocado la cuestión desde el punto de vista de los artículos 1.255 y 1.275 del Código civil. En uno y en otro supuesto se cierne, abiertamente o en la sombra, el gran tema de la protección de los consumidores.

Es bien posible que hubiera resultado más claro y mejor ordenado este estudio, con una exposición aislada de cada una de las cuestiones mencionadas en el título de este ensayo, y aparte todavía el comentario de la sentencia de 31 de diciembre de 1979. Ello, no obstante, ha parecido preferible tratarlas conjuntamente, con el propósito de encontrar y mostrar la conexión existente entre dichas cuestiones, en la esperanza de conocer mejor así las varias facetas de la protección del consumidor en la esfera del Derecho sobre los contratos.

Dejando aparte la declaración programática de la Constitución, la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia es la única norma que, en nuestro Derecho, manifiesta ocuparse directamente de la protección del consumidor. Por ello, y a la luz del caso de la Asociación de Agentes Mayoristas, ha parecido que se debía tratar, ante todo, del significado, alcance y límite de aquella Ley. Es una manifestación importante del movimiento general de protección del consumidor. Por ello la valoración y solución práctica del caso recordado de la Asociación de Agentes depende de cómo se entiende y aplique la directiva que postula dicha protección. Lo que aunque tiene sus últimas raíces en el Derecho tradicional, nos ha llegado de fuera y, por ello, la experiencia ajena podrá y deberá servir de guía y de contraste.

La solución dada al caso de la Asociación de Agentes Mayoristas por los tribunales civiles muestra una faceta de la protección del consumidor que la ensancha, al invocar el orden público y la causa ilícita.

(2) He de manifestar también mi gratitud a Mariano Gimeno, Magistrado del Tribunal Supremo, que durante algunos años lo fuera también del Tribunal de Defensa de la Competencia; a quien debo interesantes indicaciones sobre la jurisprudencia de dicho Tribunal y sobre su funcionamiento.

De este modo la defensa del consumidor no se entiende de manera estricta, sino que se extiende a la defensa de lo que se viene llamando la parte débil en el contrato.

Estas consideraciones amplían el centro de este estudio, en un intento de aclarar los conceptos vagos y escurridizos de «protección del consumidor» y de «orden público».

Su carácter abstracto se intenta paliar con las referencias a la práctica judicial, a la de los Tribunales Civiles y a la del Tribunal de Defensa de la Competencia. En fin, deberá señalarse que se trata de un ensayo, sin pretensiones dogmáticas, aunque con una clara finalidad, la de que el movimiento de protección al consumidor se potencie al máximo, mediante nuevas leyes y una más generosa interpretación de las existentes, y lograr así que la autonomía de la voluntad no sea amparada fuera de sus justos límites.

II. LA LEY SOBRE REPRESION DE LAS PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

1. *Significado general de la Ley.*

La primera mención del consumidor, como a quien se debe especial protección, se encuentra en la Ley de 20 de julio de 1963. Esta Ley, según entendiera su notable Exposición de Motivos, nace sin verdaderos antecedentes legales en España (3); de modo que pudo calificarse de traje extranjero cortado por sastres foráneos (4). En la misma Exposición de Motivos, se nos dice que la Ley sigue el movimiento legislativo que se iniciara en los Estados Unidos, con la promulgación de la Ley Scherman contra los monopolios y que se desarrolla en ese mismo país, en Gran Bretaña y Alemania, con una política de defensa de la competencia; se insiste, para justificar la necesidad y oportunidad de la Ley, en el desarrollo de dicho movimiento, en muchos otros países y en el hecho de que se hayan incluido cláusulas prohibiendo las prácticas restrictivas de la competencia en una serie de tratados internacionales y, concretamente, en las constituciones de la Comunidad Económica Europea del Carbón y del Acero (CECA) y de la Comunidad Económica Europea (Mercado Común) (5).

(3) No se pueden llamar tales los en ella citados (E. de M., II, 1), pues como en la misma se dice, tales precedentes obedecieron siempre a razones de carácter muy concreto. También pueden verse: SENÉN, con la colaboración de BERCOVITZ, GARRIGUES (L. J.) y JIMÉNEZ DE PARGA, *Comentario a la Ley española sobre la Represión de las Prácticas restrictivas de la Competencia*, Madrid, 1969, págs. 57-59; GALÁN CORONA, *Acuerdos restrictivos de la Competencia*, Madrid, 1977, págs. 29-30, nota 12.

Sobre los verdaderos antecedentes en nuestro antiguo Derecho, de carácter general, puede verse lo indicado después en III, Antecedentes remotos de la protección del consumidor frente a las prácticas restrictivas de la competencia.

(4) GARRIGUES, *La Defensa de la Competencia*, 1964, pág. 39.

(5) E. de M. I, 2. Con amplitud y detalle, GALÁN CORONA, en el capítulo II de su antes citada obra, titulado «La regulación protectora de la libre competencia en el Derecho comparado», págs. 53-101.

La Ley sigue así la doctrina de la escuela «neo-liberal», que entiende ser necesario corregir los excesos de la ilimitada autonomía de la voluntad, mediante una legislación antimonopolio, y dictando disposiciones contra las prácticas restrictivas de la competencia, para así eliminar los conciertos contrarios a la libertad real de la contratación.

En la Exposición de Motivos de la Ley se destaca su objetivo, diciendo en sus primeras líneas: «La iniciativa empresarial constituye un factor muy poderoso de desarrollo económico y, consecuentemente de progreso social. Consciente de ello, el Estado, con su política económica intenta crear las condiciones que permitan el máximo despliegue de la libertad de empresa. La Ley pretende «el mantenimiento y consolidación de un sistema económico basado en la empresa privada y el mercado» (E. de M., I, 3. par. 1); constituyendo así «una pieza fundamental del marco institucional de la economía española» (E. de M., I, 3, par. 6).

2. La protección del consumidor.

Dicho criterio concuerda con el de las leyes extranjeras sobre monopolios y libertad de la competencia. En este movimiento legislativo, pueden distinguirse dos momentos. El primero, ya superado, que corresponde a la teoría clásica liberal, la que conforme al viejo dogma de «la soberanía del consumidor», no piensa que este necesite protección y que lo que importa es la libertad del mercado, amparando a los comerciantes concurrentes frente las prácticas colusivas de los competidores. Otro más reciente, y actual, debido al cambio de la situación económica (prepotencia de los empresarios), que se manifiesta en varias leyes nacionales y, en especial, en tratados y acuerdos internacionales; el que considera que las disposiciones sobre la libertad de la competencia tiene todavía otro fin, también inmediato, el de la protección del consumidor (6).

Esta disparidad de enfoque sobre el objeto de este tipo de leyes, hace que haya de preguntarse cuál sea la dirección seguida por la Ley española. Se ha sostenido, que ella protege el interés privado de los competidores, no de los consumidores (7), que cuando éstos resultan favorecidos, ello es indirectamente, siendo sólo un medio de proteger al empresario mediante la salvaguardia de su derecho a la clientela (8). y que la protección de la empresa y su actividad es el objetivo fundamental del Derecho de la competencia. Lo que es «algo reconocido unánimemente por la doctrina, como lo demuestran programas y manuales» (9).

(6) KAMER, *Konsumentenschutz als neue Dimension des Privat- und Wettbewerbsrechts*, Z. f. Sch. R. 98, 1979, I, 1, págs. 60-62, y allí citados.

(7) POLO (Eduardo), *La protección del consumidor en el Derecho privado*. Madrid, 1980, pág. 44.

(8) Id., págs. 45 y 47.

(9) Vol. íd., pág. 63, nota.

Esta opinión, por autorizada que nos parezca, no se compagina bien con los propósitos de la Ley y con la misma letra de la misma. Se ha seguido en ella otra dirección, la que ha visto en las leyes sobre la libre competencia un medio de protección del consumidor. En efecto, se señala que la competencia aumenta el número de las ofertas, mejora la calidad de las mercancías y presiona los precios a la baja. Por esta razón, se ha dicho que la competencia «es el mejor amigo» del consumidor (10). Esta más moderna tendencia (11) es la que parece haber seguido el legislador español.

En la Exposición de Motivos de la Ley, ya de entrada, se nos dice que la necesidad de la Ley viene exigida «por el indeclinable y permanente deber del Estado de defender al consumidor contra los abusos derivados de restricciones intencionadas a la competencia» (E. de M., I, 2); añadiéndose que su trascendencia «resulta patente al observar que consecuencias obligadas de las prácticas restrictivas son la elevación de precios, aunque no existan justificaciones basadas en los costes o en la situación de aprovisionamiento, el mantenimiento de precios excesivamente altos a pesar de las medidas de liberación económica que se adopten, el empeoramiento de los productos o de los servicios, la lentitud en el desarrollo e incluso la tendencia al estancamiento económico» (12).

La Ley muestra esa misma preocupación por atender a la protección del consumidor. El artículo segundo declara prohibidas aquellas prácticas abusivas mediante las cuales alguna empresa explota su situación de dominio de manera injustificadamente lesiva para «los intereses de los consumidores». Más significativo, en este mismo sentido, es todavía la regulación establecida respecto de las prácticas exceptuables. El Tribunal de Defensa de la Competencia queda facultado para autorizar, a petición de parte interesada, acuerdos y decisiones que no obstante implicar restricciones de la competencia, contribuyan a pro-

(10) VON HIPPEL (Eikel), *Verbraucherschutz*, 2.^a ed., Tübingen, 1979, página 22, nota 16 (también pág. 117, nota 33), citando el Molony Report (por el nombre de su presidente) o «Final Report of the Committee on consumer protection», respecto Alemania menciona que el Gobierno Federal en sus informes señala la importancia de la competencia para la protección del consumidor, el Bundeskartellamt ha destacado la conexión de ambas figuras, y el Kartellamt ha actuado en ocasiones contra los aumentos de precio. Este mismo autor, al enumerar los métodos para la protección del consumidor, indica ocho, y en tercer lugar el implantar la defensa de la competencia, página 19. También KRAMER, loc. cit., p. 88 y nota 161.

(11) Comp. O.E.C.D., *Consumers Policy. Policy in Members Countries* (1972), núm. 11. Comp. también, GARRIGUES, loc. cit., pág. 75.

(12) E. de M. I, 3 par 2. También se dice que las reglas sobre la competencia fijadas en la Ley evitarán «Situaciones de mercado nada deseables para los consumidores y para el interés general» (E. de M., I, 3, par. 6) y «serios perjuicios para los consumidores y graves obstáculos para el desarrollo económico del país» (E. de M., III, 3, par. 2); concretándose la finalidad de la Ley en la «prohibición de un resultado económicamente dañoso para la comunidad y protección al interés de los consumidores, *ratio* última de la ley» (E. de M., IV, 1, 2).

mover el progreso técnico o económico o contribuyan a mejorar la producción o la distribución de bienes o servicios. Mas esta facultad, a pesar de ser en favor del desarrollo económico del país, se encuentra condicionada a que «los consumidores o usuarios obtengan una parte adecuada de los beneficios que resulten de tales acuerdos o decisiones» (art. 50).

Cierto que, en la práctica, la Ley no ha tenido la repercusión deseable en beneficio del consumidor; pero, puede añadirse que tampoco los buenos propósitos de dicha Ley han logrado general eficacia para liberar el mercado de prácticas colusivas y de las posiciones de dominio que en el mercado alcanzan empresas y gremios socialmente poderosas en daño de empresarios más débiles (13).

3. Eficacia general de la Ley.

La Ley prohíbe las prácticas colusorias contra la libertad de la competencia, para garantizar su eficacia dicta dos tipos de medidas: Unas son las sanciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Competencia y que consisten en multas de varia cuantía (arts. 25 y 26) y además «las sanciones impuestas por otras autoridades», bien en la pena prevista en el artículo 237 del Código penal o en multas (art. 27). Otras son las declaraciones que dicte el Tribunal y cuyas consecuencias civiles, penales o laborales habrán de ser deducidas en cada caso, por la jurisdicción que corresponda (arts. 9.º y 12).

De las intimaciones y declaraciones que pueda hacer el Tribunal de Defensa de la Competencia nos interesa, ante todo, las que disponen que son nulos, como contrarias a la Ley y al orden público, los convenios entre empresas, así como los acuerdos y decisiones de todo género de uniones, asociaciones o agrupaciones que originen prácticas que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir falsear o limitar la competencia, en todo o en parte del mercado nacional (art. 1.º). Conforme a esta norma y el artículo 3.º, que señala en particular algunos supuestos considerados típicos (14), dicho Tribunal ha venido re-

(13) Sobre la relativa ineficacia de la ley puede verse lo dicho sobre nota 54.

(14) Dice: «En particular, quedan prohibidas las prácticas concertadas o abusivas que incluídas en los artículos anteriores, consistan en: a) Fijar directa o indirectamente los precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción. b) Limitar la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones en perjuicio de la economía nacional. c) Repartir los mercados, las áreas territoriales o sectores de suministros o las fuentes de aprovisionamiento. d) Desarrollar una política comercial que tienda, por competencia desleal a la eliminación de los competidores. e) Aplicar en las relaciones comerciales con terceros contratantes condiciones diferentes para prestaciones similares o equivalentes, ocasionándoles con ello desigualdad en su condición competitiva. f) Subordinar la conclusión de contratos a la aceptación de prestaciones o de operaciones suplementarias que, por su naturaleza y con arreglo a los usos del comercio no guarden relación con el objeto de tales contratos».

solviendo casos de interés directo para el consumidor. Así, por ejemplo, se declaran nulos convenios y acuerdos en los que se establecen precios mínimos de venta al público (15), se fijan precios máximos de adquisición (16), se reparten los mercados (17) o se limita de otro modo la libertad de empresa (18). En el caso de la Asociación de Mayoristas de Vizcaya, se han declarado nulos algunos de los pactos del convenio que la crea (19), por tener fines anticompetitivos en daño del consumidor (20), (21).

Otra declaración, que compete hacer al Tribunal de Defensa de la competencia, es la de declarar «prohibidas aquellas prácticas abusivas mediante las cuales una o varias empresas explotan su situación 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 (22).

En esta disposición caben destacar algunas notas. Ante todo, que para la declaración de práctica abusiva, no se requiere que se trate de práctica surgida de convenio, decisión o conducta consistentemente paralela para impedir, falsear o limitar la competencia. Después que aquí se atiende directamente a los intereses de los consumidores. Estos intereses se consideran dignos de protección, por la situación de desigualdad económica en la que se encuentran, respecto de quienes dominan

(15) Por ejemplo, S. n.º 11 de la Sección Primera, 28 octubre 1966 :S. N.º 17 de la Sección Segunda, 20 diciembre 1966 y S. N.º 26 del Pleno, 6 julio 1967, desestimando el recurso de súplica; S. N.º 74 de la Sección Primera, 9 julio 1969.

(16) S. N.º 10 de la Sección Segunda, 17 octubre 1966; S. N.º 21 del Pleno, 8 de marzo de 1967, desestimando el recurso.

(17) S. N.º 33 de la Sección Primera, 29 enero 1968 y S. 21 del Pleno, 8 de marzo 1967.

(18) S. N.º 6 de la Sección Primera, 19 de febrero 1966; S. N.º 133 del Pleno, 27 abril 1977, estimando en parte recurso de súplica, de la Sección Segunda, n.º 131, 30 dic. 1972.

(19) El artículo 13, dos, dispone que se declarará la nulidad de los convenios, acuerdos y decisiones «en la parte que den lugar a las prácticas prohibidas».

(20) S. de Sección Primera, 13 abril 1977, declarando la existencia de prácticas prohibidas, así como la nulidad del convenio.

(21) S. del Pleno de 23 de junio 1977, ante recurso de súplica, ampliando la sentencia recurrida, declarando qué pactos son nulos en concreto y cuáles no proceden declarar nulos; S. del Pleno, respecto al recurso de reposición que desestima, de 22 de septiembre 1977.

(22) Artículo 2.º, uno. El apartado dos sigue diciendo: «A los efectos de esta ley se entiende: a) que una empresa goza de posición de dominio cuando para un determinado tipo de productos o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional, o cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial en el mismo. b) que dos o más empresas gocen de posición de dominio para un determinado producto o servicio cuando no existe competencia efectiva entre ellas o sustancial por parte de terceros en todo el mercado nacional o en una parte de él. El número tres añade: «La prohibición contenida en el apartado uno de este artículo será también de aplicación a las prácticas abusivas que se realicen al amparo de una posición de dominio establecida por disposición legal».

el mercado; además, se requiere que se explote la posición de dominio de manera injustificadamente lesiva para el consumidor, es decir habrá de existir una lesión injustificada de sus intereses.

El Tribunal de Defensa de la Competencia, en contraste con lo que sucede con los supuestos típicos de prácticas restrictivas de la competencia no habrá de declarar la nulidad de los convenios entre dominantes y dominados (art. 15); dejando que sean los Tribunales civiles los que deduzcan las consecuencias de la declaración hecha de tratarse de una práctica abusiva (art. 10).

Un caso de estas características fue sometido al Tribunal de Defensa de la Competencia. Se trataba de unos contratos celebrados por ciertos labradores olivareros con una empresa de elaboración de aceite de oliva, en los que ésta impone a aquéllos sus condiciones de compra, aprovechando la situación de «indefensión e inferioridad» de los olivareros. El Tribunal declara la existencia de práctica prohibida e íntima a la empresa para que cese en ella, sin prejuzgar las acciones que puedan asistir a los olivareros llevando el caso ante los Tribunales civiles (23). Nos deja así abierta la pregunta: ¿qué acciones cabe utilizar ante estos Tribunales? ¿sobre qué base jurídica? (24), ¿qué significado jurídico cabría dar a la condición de un contrato injustificadamente lesivo? (25).

Todavía, para precisar la eficacia y alcance de la tan citada Ley, importará averiguar su naturaleza y su trascendencia. No habrá duda sobre su carácter innovador en nuestro Derecho, en el momento de su publicación, al incorporarse con ella a recientes movimientos legislativos generales y considerados dominantes en la economía y en el Derecho extranjero. Se recoge en la Ley el principio de la libertad de la competencia, como propio de la política económica a seguir. Lo que ha hecho preguntarse sobre si este principio limita su juego al marco de la ley o si extiende su influencia a todo el ordenamiento jurídico español.

Se ha pensado, que el principio de libre competencia en que se inspira la ley, y que ella trata de imponer, alcanza el significado de «principio general del Derecho español», con el valor de norma aplicable en defecto de ley o de costumbre y de informador del ordenamiento español (art. 1.º, 4 del C. c.). Lo que se ha sostenido basándose en que tal principio opera, además de en la Ley sobre Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, en otras varias leyes, como en la Ley de Contratos del Estado, la Ley de Orden Público, Código penal,

(23) S. N.º 27 de la Sección Primera, 11 noviembre 1967.

(24) En el asunto de la Asociación de Agentes Mayoristas de Vizcaya, el Tribunal Supremo tiene en cuenta el orden público y la causa ilícita. Sobre la respuesta a ésta y la siguiente pregunta, puede verse lo dicho en el apartado IV de este trabajo.

(25) GARRIGUES interpreta la frase «injustificadamente lesiva» como cuando la empresa dominante, atendiendo a su propio lucro, impone su poder a los participantes en el mercado, obligando a los consumidores a pasar por condiciones contractuales no equitativas», *La defensa de la competencia mercantil*, Madrid, 1964, pág. 75.

Reglamento sobre Informaciones Administrativas y Sanciones en materia de Disciplina del Mercado, y todavía, en especial, en la jurisprudencia contencioso-administrativa: destacándose al efecto un «obiter dicta» de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 20 de octubre de 1977 (26).

La referida generosa tesis no parece, sin embargo, concluyente, por varias razones. Extiende demasiado al concepto de «principio general del Derecho», como fuente del ordenamiento jurídico español. Para que se reconozca la existencia de un principio general del Derecho no basta con que varias leyes coincidan en tenerlo en cuenta en su motivación o en su resultado, y tanto menos cuando, como aquí sucede, cada vez que se utiliza tiene distintos y especiales motivos y fines. Además, el principio de libre competencia carece del carácter de ser general. La Ley sobre represión de la Competencia limita, ella misma, su ámbito de aplicación, al considerar las prácticas exceptuables; permitiéndose, en determinadas condiciones, convenios, decisiones y conductas para impedir, falsear o limitar la competencia (27). Sobre todo, el mismo principio de la libertad de la competencia no parece apto intrínsecamente para ser considerado principio general del Derecho. Se trata de una noble aspiración ético-económica, democrática y fomentadora del libre juego económico (28), pero que nunca ha logrado imponerse del todo en la práctica (29). Hoy hasta se reconoce abietramente estar en crisis el principio de libre competencia. En distintos países, también en España, se aconseja y facilita la fusión de empresas, se llega a la autorregulación de grupos sectoriales de empresas y se piensa de este modo en la defensa de las empresas nacionales frente a las extranjeras y las multinacionales. Incluso se ha advertido que, en las Comunidades Europeas y en el Mercado Común, se abandona el antiguo criterio riguroso

(26) SAINZ MORENO, *Orden público económico y restricciones de la competencia*, R. de A. P. 84, sep.-dic. 1977, págs. 609-629.

(27) Artículo 5.º, también artículos 16, 17, 18, 19 y 25.

(28) Este aspecto político puede advertirse en el Proyecto de Constitución Federal de la Confederación Suiza, de 1977, en el que bajo el epígrafe de competencia, el artículo 32, dice: «La Ley impide que restricciones de la competencia, tales como aquellas que resultan especialmente de los «cartels» y organizaciones análogas que dominan el mercado, tengan efectos económica o socialmente perjudiciales. 2. Ella se opone a las concentraciones indeseables de empresas, en particular a la interdependencia («enchêvetrement», «Verflechtung») de Bancos con otras Empresas. 3. La ley reprime la competencia desleal».

La Constitución española dice que «se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado», pero «de acuerdo con la exigencia de la economía general y, en su caso, de la planificación» (art. 38). De este modo «el orden económico y social justo», predicado por el Preámbulo, queda entregado a la orientación que, en cada momento, tenga el desarrollo legislativo.

(29) GARRIGUES explica que «Esta libertad de competencia es un puro mito, que armoniza con una concepción paradisiaca del mercado de la competencia». En suma, ni la libre competencia es necesariamente un bien, ni el monopolio es necesariamente un mal». *La defensa de la competencia*, Madrid, 1964, pág. 31. Sobre el excepticismo hacia las leyes antitrusts, págs. 28-31.

de la libertad de la competencia. De modo que, ya hace tiempo, pudo decirse que el principio de la libre competencia tan sólo mantiene su misión en el terreno microeconómico (30).

4. *Alcance de la jurisdicción del Tribunal de la Defensa de la Competencia.*

Para conocer debidamente la eficacia de la Ley sobre la Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia, respecto de la protección del consumidor, parece indispensable saber cuáles, entre las acciones que puedan favorecerle, han de llevarse ante el Tribunal de la Defensa de la Competencia y qué otras son de la competencia de los Tribunales civiles; y también, como en su caso, una misma cuestión puede plantearse paralelamente ante ambas jurisdicciones. Lo que, al efecto estricto de este estudio se limita a dos cuestiones: la de saber si el Tribunal de Defensa de la Competencia tiene competencia (jurisdiccional) para declarar la nulidad de convenios, acuerdos y decisiones que restrinjan la competencia, y la de averiguar qué significa la llamada competencia privativa del Tribunal de Defensa de la Competencia.

a) *La facultad para declarar la nulidad de los convenios restrictivos de la competencia.*—En la doctrina se ha planteado la cuestión: ¿el Tribunal de Defensa de la Competencia habrá de declarar la nulidad de cualquier convenio, cuyo objeto sea originar prácticas restrictivas de la competencia, o bien, para hacer tal declaración será necesario, además, probar que de tal convenio se han originado ya prácticas prohibidas? En la doctrina se observan opiniones en favor de una y otra solución (31).

Una autorizada dirección doctrinal estima, en base a una interpretación sistemática y finalista, que tales convenios quedan afectados por la sanción de nulidad, aunque los interesados no hayan realizado prácticas contra la competencia (32). Opinión que puede apoyarse en los siguientes argumentos: El tenor de la ley, que justifica la nulidad de los dichos convenios «como contrarios a la ley y al orden público» (art. 1.º, dos). Los antecedentes de la ley; así el Tratado de Roma, citado como uno de ellos en la Exposición de motivos de la ley (1,2. par. 3); el que entiende estar directamente prohibidas las fuentes de las prácticas colusorias (ar-

(30) MARKET, *Las nuevas tendencias de desarrollo en el Derecho alemán de la competencia*, R.D.M. 169, ab.-jun., núm. 112, pág. 284.

(31) Sobre dicha cuestión, ampliamente, GALÁN CORONA, *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Madrid, 1977, págs. 116-128; recoge con cuidado las direcciones de la doctrina.

(32) SENÉN DE LA FUENTE, con la colaboración de BERCOVITZ (Alberto), GARRIGUES (Luis Joaquín) y JIMÉNEZ DE PARGA (Rafael), *Comentario a la Ley española sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia*, Madrid, 1964, pág. 80.

título 81,1.). Las mismas palabras de la ley, «que originen prácticas de las prohibidas», podrán entenderse referidas a los convenios «que sean susceptibles de originar prácticas de las prohibidas» (33).

La dirección contraria, que es la seguida por el Tribunal de Defensa de la Competencia, se apoya en las palabras antes citadas del artículo 1.º dos, de la ley («que originen prácticas») y en los antecedentes de la elaboración de la ley (34).

Parece esta última la interpretación aceptable, por ser la que resulta acorde con el sistema y estructura de la ley. Puede criticarse su criterio «de lege ferenda», pero resulta la más adecuada y conforme al declarado propósito del legislador y al sistema y estructura de la ley. La Exposición de Motivos nos advierte que con la ley se trata de «establecer una jurisdicción única que declare la existencia o inexistencia de la práctica restrictiva» (IV, 3.1). El Servicio de Defensa de la Competencia, que es donde se ha de iniciar el procedimiento, ya sea de oficio, por denuncia o a petición de parte interesada, procederá «instruyendo expediente sobre la posible existencia de prácticas prohibidas» (art. 2,2. uno). Admitido que sea el expediente a trámite, el Tribunal de Defensa de la Competencia dictará resolución, que contendrá la declaración de existencia de prácticas prohibidas o de que no resulte acreditada la existencia de alguna de las prácticas prohibidas a que se refiere la Ley (art. 13, uno a) y d). Declarado que no resulta acreditada la existencia de alguna de las prácticas mencionadas antes, el Tribunal dará por ultimado el expediente, ordenará su archivo y, a petición de parte, publicará la resolución en el «Boletín Oficial del Estado» (art. 14).

De tales textos resulta que el Servicio de Defensa de la Competencia no podrá iniciar el procedimiento más que en el caso de haberse alegado la existencia de prácticas prohibidas, no bastando con la alegación de un convenio que tenga por objeto prácticas colusorias, pero que no haya dado lugar a ellas. A su vez, el Tribunal de Defensa de la Competencia, al declarar que no existen prácticas prohibidas, no tendrá ocasión de pronunciarse sobre la validez del convenio incriminado.

Es cierto que el artículo 13 de la Ley, en su apartado dos, dispone que el Tribunal: «Asimismo declarará la nulidad de los convenios, acuerdos y decisiones a que se refiere el apartado dos del artículo 1.º de esta

(33) Interpretación apuntada, aunque no aceptada, por GALÁN CORONA, loc. cit., págs. 118-121, entendiéndose ser la más adecuada para la solución de los problemas que se plantean; no la adopta, sin embargo, teniendo en cuenta la constante jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, a la que nos dice atiende para no perder el contacto con la realidad práctica. Al seguir la interpretación dada por dicho Tribunal, dice hacerlo «no sin señalar sus inadecuados resultados», pág. 121. En reseña a la citada obra de GALÁN CORONA, firmada por R., se apoya su «otra interpretación», que no acepta, para seguir la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia, A.D.C. XXXIII, 1.º (1980), pág. 132.

(34) Se recuerda que se modificó el texto del artículo 1.º del Proyecto de Ley al aceptar la Ponencia, en su Informe, la enmienda suscrita como primer firmante por el señor Lamo de Espinosa, conforme a la cual «deben sancionarse las prácticas y no los acuerdos, ya que no son los aspectos formales los que interesan», cita de GALÁN CORONA, loc. cit., p. 119, nota 34.

Ley, en la parte que den lugar a las prácticas prohibidas» (35). Mas ello procederá sólo cuando se haya declarado también la existencia de práctica prohibida.

Siendo ello así, cabe preguntarse, por qué y para qué el Tribunal de Defensa de la Competencia tiene que declarar la nulidad del convenio que origine prácticas prohibidas; tanto más cuanto las consecuencias de dicha nulidad, civiles, penales o laborales, habrán de ser obtenidas por «la jurisdicción que corresponda» (art. 10). El Tribunal de Defensa de la Competencia ha tratado de explicar esta especial mecánica de la Ley, diciendo que la nulidad establecida en el antes citado artículo 13, «puede considerarse accesoria de la consiguiente declaración de existencia de una práctica prohibida», y ello «en evitación del contrasentido que representaría prohibir y sancionar el ejercicio de una actividad que se reputa prohibida e ilícita a la ley y que subsista la cláusula de un convenio que la origine» (36).

b) *La competencia privativa del Tribunal de Defensa de la Competencia.*—La otra cuestión, que habrá que dilucidar para delimitar las respectivas competencias en la materia, de los Tribunales civiles y la del Tribunal de Defensa de la Competencia nos la suscita la interpretación que haya de darse a la frase con la que comienza el artículo 10 de la ley. Dice así: «La competencia del Tribunal será privativa en cuanto a las declaraciones e intimaciones previstas en esta ley».

Implica ella estas dos preguntas: ¿En virtud de esta disposición, se excluye la posibilidad de que la jurisdicción ordinaria pueda fallar sobre la validez o nulidad de un convenio, que tenga por objeto o finalidad impedir, falsear o limitar la competencia?, ¿dicha jurisdicción será o no competente para declarar la ilicitud de los contratos celebrados por empresas que exploten su posición de dominio en el mercado, de modo injustificadamente lesivo para los intereses de los consumidores?

Tales preguntas se han planteado más de una vez ante los tribunales. Permítanse algunos ejemplos. Habiéndose pedido el cumplimiento de un contrato, se exceptiona que éste infringe la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia y que la competencia para decidir sobre su validez correspondía al Tribunal de Defensa de la Competencia; desestimada la excepción alegada, se acude al Tribunal de Defensa de la Competencia (37). Un grupo de labradores demandan a una empresa ante el Juzgado de primera instancia, para que declare la nulidad de los contratos celebrados entre aquéllos y ésta. El Juez dicta sentencia rechazando la petición de nulidad; aunque estimando la posible

(35) El apartado dos del artículo primero, dice: «Son nulos, como contrarios a la Ley y al orden públicos, los convenios entre empresas, así como los acuerdos y decisiones de todo género de uniones, asociaciones o agrupaciones de aquellas que originen prácticas de las prohibidas en el apartado anterior».

(36) S. del T.D.C., núm. 12, de la Sección Primera, 4 de noviembre de 1966 y S. N.º 20 del Pleno, 9 febrero 1967, desestimando recurso de súplica.

(37) Declara no haber lugar a la nulidad del referido contrato; S. N.º 12. Sección Primera, 4 de noviembre 1966; S. N.º 20, del Pleno, 9 febrero 1967, desestimando el recurso de súplica.

existencia de prácticas prohibidas, remite testimonio de ciertos particulares al Servicio de Defensa de la Competencia, por si éste estimara deber incoar expediente de oficio (38). En el tan citado caso sobre la validez del convenio constituyendo la Asociación de Agentes mayoristas de Vizcaya, la Asociación plantea recurso de reposición ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, pidiendo revocación de la sentencia del pleno que había declarado la nulidad de ciertos pactos de dicho convenio (S. 23 junio 1977); se alega incompetencia y desviación de poder de dicho Tribunal, al enjuiciar sobre la validez de pactos privados, declarados lícitos y válidos por la jurisdicción privada (39).

Razonablemente se ha pensado que, conforme a su sentido literal, los términos de la frase «competencia *privativa*» (art. 10) han de entenderse como diciendo «competencia exclusiva» (40). De esta premisa, se ha deducido que el Tribunal de la Competencia es la *única* jurisdicción competente para declarar la nulidad de convenios, acuerdos y decisiones prohibidas por la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la competencia. Con la consecuencia, aparentemente lógica, de que mientras el Tribunal de Defensa de la Competencia no declare la nulidad del convenio que establezca prácticas colusivas (41), los Tribunales de la jurisdicción ordinaria deberán abstenerse, mientras tanto, de decretar o tener en cuenta dicha nulidad. Más todavía, tales tribunales, si ello se les pidiera por uno de los contratantes, habrían de obligar a su cumplimiento, al cumplimiento del convenio contrario a la ley (42). Lo que resultará especialmente escandaloso, en los casos en que tales contratos ilícitos lleven consigo duras sanciones contra quienes las infrinjan; mediante, por ejemplo, pérdida de acciones (43), de fianzas (44) de un aval cambiario (45).

El comentarista se encuentra aquí ante un aparente dilema. De una parte, repugna que un Juez declare válidos unos pactos y obligatorio su

(38) S. del T.D.C., núm. 27, de la Sección Primera, 11 de noviembre 1967.

(39) El recurso ha de referirse a la sentencia del Juzgado de Bilbao de 28 de enero 1977, luego apelada con éxito ante la Audiencia Territorial. El Pleno del Tribunal desestima el recurso en S. de 22 de septiembre 1977, por las razones que después se estudian (comp. notas 46 y 47).

Es curioso que en esta sentencia no se crea necesario advertir que la señalada sentencia del Juzgado de Bilbao no era firme y había sido apelada.

(40) El Diccionario de la Real Academia Española define el adjetivo «exclusivo», en su segunda acepción como: «Propio y peculiar singularmente de una cosa o persona y no de otras». En el Diccionario de uso del español de Moliner se recoge como única acepción, la de ser «propio y exclusivo de la cosa o persona que se expresa». El Diccionario ideológico de la lengua española, de Casares, se dice que excluye: único, solo.

(41) Lo que dicho Tribunal no podía hacer mientras no se probase la existencia de prácticas prohibidas.

(42) Sobre toda la cuestión, con citas de la doctrina, GALÁN CORONA, loc. cit., págs. 121-122.

(43) Comp. T.D.C., núm. 10, Sección Segunda, 17 octubre 1966; S. núm. 21 del Pleno, 8 marzo 1967.

(44) Comp. T.D.C. S. núm. 74, Sección Primera, 8 julio 1969.

(45) Comp. T.D.C. S. núm. 131, Sección Segunda, 30 diciembre 1972; S. número 133 del Pleno, 27 abril 1977. Comp. también S. TS. 31 diciembre 1979; pérdida de aportación al fondo de maniobra.

cumplimiento, cuando se trata de un convenio nulo, según una ley de interés general. De otro lado, parece igualmente chocante que se desconozca, sin más, lo que parece ser el mandato terminante de una ley. Este «dubium» puede considerarse bien resuelto en la misma ley, como ya lo indican algunas sentencias del mismo Tribunal de Defensa de la Competencia.

En el caso antes referido, de la Asociación de Agentes Mayoristas de Vizcaya, en el que se recordará que la Asociación interpuso recurso de reposición, alegando que adolecía de incompetencia el Tribunal de Defensa de la Competencia (46), el Pleno del Tribunal rechaza el recurso considerando que dicho Tribunal ejerció «las potestades que le son atribuidas en exclusiva, aplicándolas correcta y únicamente a los fines propios que la referida ley persigue», y que se declara la nulidad de unos pactos «con motivo de la declaración de la existencia de las prácticas restrictivas de la competencia de las que son autores los recurrentes, prohibidas por el artículo 1.º de la misma ley, surgidas o derivadas de los pactos asociativos que se declaran nulos en la misma resolución» (47). En esta misma sentencia se apuntan las razones y límites por los que se define la materia exclusiva y excluyente de la competencia de dicho Tribunal para declarar la nulidad, respecto de la propia de la jurisdicción ordinaria. Aquella: «viene impuesta por la Ley para impedir la persistencia en la ejecución de las prácticas restrictivas de la competencia declaradas prohibidas por el Tribunal y se produce en la esfera del orden público económico, cuya defensa tiene encomendada la referida ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia, sin contemplación de los intereses privados de las partes, cuyas contiendas son efectivamente de la exclusiva competencia de los Tribunales de Justicia». En efecto, dicha competencia limitada y exclusiva, propia de su peculiar materia, se justifica por la Exposición de Motivos de la Ley, en «la necesidad de establecer una jurisdicción única que declare la existencia o inexistencia de la práctica restrictiva. Producida la declaración, serán los distintos Tribunales los que enjuicien las consecuencias civiles, penales, administrativas o laborales que de la misma hayan de derivarse, ya sin peligro de interferencias con posible paralización de los diferentes procedimientos y sin riesgo en definitiva, de que el principio de unidad del ordenamiento jurídico insisto en la misma esencia del Derecho sufra menoscabo» (48).

Parece evidente que la finalidad de la Ley se ciñe a la declaración sobre las prácticas prohibidas, a si existen o no existen, o si son exceptuables; declaraciones para las que sólo se reserva el Tribunal la competencia privativa. Lo que se justifica, más que por «la inmediatez de la prueba», por el carácter técnico y de política económica del momento, de las declaraciones de prácticas prohibidas, tan ajenas al conocer propio de los jueces de lo civil. «La ley respeta el campo que corres-

(46) Véase nota 39.

(47) Sobre el carácter accesorio de la declaración de nulidad. S. T.D.C. citada en nota 36.

(48) E. de M., IV, 3, 1. Criterio que se recoge en las últimas frases del artículo 10.

ponde a las distintas jurisdicciones» (E. de M., IV.2, par. 4). «De hecho, la resolución del Tribunal no constituye un mandato u orden de condena ni tiene otros efectos que la indiscutibilidad de los hechos declarados probados por el propio Tribunal» (49). Este valor de «presunción legal de certeza», atribuido a estas declaraciones del Tribunal (art. 10), ha de ser además valorada «cum granum salis», pues corresponde a los tribunales de la jurisdicción ordinaria el calificar jurídicamente los hechos declarados existentes por el Tribunal, conforme a las normas que les sean aplicables en cada caso (49 bis). Por último, ha de recordarse que las declaraciones de nulidad hechas por dicho Tribunal, han de valorarse como accesorias (50), y de alcance limitado, ya que la determinación de sus consecuencias civiles, es decir, su eficacia en la esfera civil, habrá de ser deducida por los tribunales de la jurisdicción civil.

La Ley sobre Represión de las Prácticas Restritivas de la Competencia, no priva a los tribunales de lo civil de la facultad de declarar nulos aquellos convenios que lo sean según las normas civiles aplicables. El Tribunal de Defensa de la Competencia ha cuidado de decir «que la declaración de nulidad de un contrato o convenio civil compete en principio a los tribunales ordinarios», y respecto al mismo Tribunal, que en la jurisdicción especial que le es propia, «su alcance no puede determinarse con interpretación extensiva, sino limitada a los supuestos que determinaron su establecimiento» (51).

Otra cuestión, y que merece ser estudiada separadamente, es la de cuando, y por cuáles razones los Tribunales de lo civil habrán o podrán declarar nulos los contratos que tengan por fin restringir la competencia en daño de los consumidores, originen o no hayan originado prácticas restrictivas, hayan o no hayan dado lugar a una declaración de prácticas prohibidas por el Tribunal de Defensa de la Competencia. En este respecto, se han podido sostener distintos criterios. Entre los que afirman la competencia a tal efecto de los tribunales de lo civil, se ha pensado en la existencia de un principio general de la libre competencia, integrante del orden público económico (52) y también en la utilización de la figura del orden público (civil) del artículo 1.255 del Código civil y la de la causa ilícita conforme al artículo 1.275 del mismo Código (53).

(49) E. de M., IV, 3, 3. Aparte, claro es, de las sanciones que puede imponer el Tribunal y las que por desobediencia a las intimaciones del Tribunal hayan de establecer otras autoridades, artículos 25-28.

(49 bis) De modo análogo al valor dado a las sentencias de lo penal; disfrutando los Tribunales civiles «de plena libertad por lo demás para fijar la *questio facti* libremente y para el juicio axiológico o valorativo», S.T.S. 16 marzo 1981. Comp. lo dicho sobre nota 205.

(50) Así, en la sentencia del T.D.C., citada en nota 36.

(51) Considerando 5.º, S. núm. 12 de la Sección Primera, 4 noviembre 1966, la S. núm. 20 del Pleno, desestima el recurso de súplica interpuesto contra ella.

(52) SAINZ MORENO, loc. cit., págs. 632, 638 y sig. Comp. notas 26-30. Sobre el orden público económico, lo dicho en el apartado IV, 4 f), de este trabajo.

(53) Lo que se apunta bien en la S. T. S. 31 diciembre 1979. Sobre el orden público, el apartado IV de este trabajo.

5. *La Ley sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la competencia en la realidad.*

La ley estudiada impresiona, en una primera lectura, muy favorablemente; contribuye a ello su aleccionadora Exposición de Motivos, la concreción de su articulado y en general su correcta redacción. Desgraciadamente, su repercusión práctica ha sido mínima. No han disminuido los convenios, las decisiones y las conductas concertadas para impedir, falsear o limitar la competencia. Después de publicada la Ley, más bien, unas y otras han aumentado. El Tribunal de Defensa de la Competencia ha dictado una serie de acertadas sentencias, pero no ha tenido ocasión de favorecer eficazmente la competencia; pues los asuntos que le han llegado han sido de pequeña entidad y no de aquellos que originan daños generales a los consumidores (54).

No es cometido propio de un ensayo de tipo jurídico, el examinar la importancia de una buena ley sobre la libertad de la competencia mercantil, para la mejor organización económica del país, y tampoco tratar de las fuerzas que favorecen, con más o menos justificación, monopolios y oligopolios (55). Lo que importa aquí es advertir la urgencia de reformar la ley, al efecto de que ella tenga la debida eficacia, si se quiere cumplir el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos, de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo sus legítimos intereses (art. 51 Const.). Por ello, sin entrar en detalles, y sólo al dicho efecto, se pueden señalar algunos de los defectos de la ley, que le han quitado virtualidad y que podrían corregirse en beneficio del consumidor.

Posiblemente, la poca trascendencia práctica de la ley, habrá que atribuirle, ante todo, al procedimiento elegido para que llegasen los asuntos al Tribunal de Defensa de la Competencia. Entre los interesados y este Tribunal se interpone el Servicio de la Competencia, dependiente del Ministerio de Comercio. Al Servicio corresponde la instrucción del expediente, sobre la posible existencia de prácticas prohibidas por la ley; quien lo abrirá cuando existan indicios racionales de su existencia, realizará las indagaciones necesarias, oír a los interesados y procederá al recibimiento de pruebas (art. 22) (55). Contra la posible inercia del Servicio, su silencio o dilaciones, sobre la admisión o no admisión de pruebas y frente a su informe-propuesta, ni la Ley ni su Reglamento

(54) GARRIGUES señala con agudeza el contraste existente entre la importancia que le diera a la Ley el Ministerio de Comercio, al presentarla a las Cortes y «la escasa atención y la indiferencia de los empresarios españoles ante la nueva ley», loc. cit., págs. 9-10 y 127. Parece que no sería pecar de suspicaz, pensar que esta conducta, como la de no haber obstaculizado la adopción de la ley, se debe a que, desde un principio, advirtieran que dicha ley nacía sin posibilidad alguna de eficacia práctica.

(55) Puede verse lo dicho antes, notas 28-30. Añádase a ello la presión de los antiguos sindicatos, de las asociaciones de la pequeña y mediana empresa, como también la de los colegios profesionales.

(4 marzo 1965) conceden recurso alguno. Queda en manos del Servicio, de su ilimitado arbitrio, cerrar el camino a cualquier petición o denuncia, por justificada que aparezca (56).

El legislador ha redactado la ley, bajo la preocupación de respetar el campo que corresponda a las distintas jurisdicciones, partiendo siempre del carácter administrativo otorgado al Tribunal de Defensa de la Competencia (57). Ello explica algunas soluciones de la Ley, que han sido justamente criticadas por los comentaristas. El que el Tribunal no pueda declarar la nulidad de convenios, acuerdos y decisiones que tengan por fin u objeto implantar prácticas prohibidas, mientras no se pruebe la existencia de dichas prácticas y el que la declaración de nulidad de un convenio, hecha por el Tribunal, no produzca sin más trámite sus naturales consecuencias en el plano civil y que para obtenerlas sea necesario acudir ante la jurisdicción ordinaria. Lo que hace pensar que el Tribunal hubiera sido más eficaz, en la debida defensa del consumidor, si se le hubiera creado con carácter judicial.

Considerada la Ley desde el punto de vista que aquí interesa, el de la protección del consumidor, la cuestión de mayor importancia práctica es la de la legitimación procesal para pedir la declaración de práctica prohibida. La Ley la resuelve con aparente generosidad. La denuncia de las prácticas prohibidas es pública; podrá hacerla cualquier consumidor, sea o no parte interesada (art. 22), provocando así la instrucción de expediente por el Servicio de Defensa de la Competencia. Mas esta facultad, en España y en los otros países, resulta ilusoria. El consumidor no se arriesga a llevar su queja ante la autoridad administrativa o ante un tribunal, temeroso de las molestias y gastos que se le originarían, dado su posible monto en comparación con el menor del daño sufrido y de la reparación previsible. Problema práctico que se presenta en general respecto a la protección del consumidor y cuya solución va unida a la de las asociaciones de consumidores y a la regulación que se haya de dar a la institución del Defensor del Pueblo (58).

Todavía habrá de advertirse que una Ley para la represión de las prácticas restrictivas de la competencia, para que resulte prácticamente eficaz en beneficio de los consumidores, no habrá de limitarse a prohibir y sancionar las colusiones de las empresas, entendiendo por éstas las de carácter mercantil o en sentido estricto. Con razón se ha dicho que, «es evidente que los miembros de las profesiones liberales pueden concertar acuerdos que restrinjan la competencia entre los existentes o, incluso,

(56) Todavía hubo de crearse el Consejo de defensa de la Competencia, también dependiente del Ministerio del Comercio, al que habría de darse cuenta de los expedientes que tramita el servicio, antes de su remisión al Tribunal (art. 24).

(57) El artículo 7.º de la Ley crea el Tribunal de Defensa, adscrito en lo administrativo al Ministerio de Comercio; siendo el Presidente designado por el Jefe del Estado y los ocho vocales nombrados por Decreto a propuesta del Ministro de Comercio. El R. D. 24 septiembre 1982 modifica el Reglamento del Tribunal de la Competencia, estableciendo que las partes interesadas pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra las Resoluciones definitivas del Pleno del Tribunal en los recursos de súplica.

(58) Sobre ello después, en VI, 6.

encontrarse en una situación de dominio que les permita la realización de abusos, apoyándose en tal situación» (59).

En realidad, sociológicamente, y hasta por cualquier persona sensata, puede advertirse la omnipresencia de acuerdos y prácticas concertadas o paralelas, establecidas por antiguos y modernos sindicatos, juntas, colegios y organizaciones profesionales, las que en defensa de sus intereses económicos (art. 52 Const.), ordenan tarifas, establecen precios mínimos y condiciones abusivas, que habrán de guardar sus miembros y que ellos habrán de imponer a sus clientes (59 bis).

III. ANTECEDENTES REMOTOS DE LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR FRENTE A LAS PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

Se habrá podido ver que, en época relativamente próxima, se logra que la protección al consumidor sea estimada como un deber del legislador y, también, como ello ocurre de resultas de la lucha contra los monopolios y la correspondiente defensa de la libertad de la competencia. Este origen explica que las medidas resultantes en una protección del consumidor, hayan aparecido con el prejuicio de que son tan sólo resultado de la moderna búsqueda ordenación del mercado y de la lucha a tal objeto contra las uniones, confabulaciones y prácticas colusivas de las grandes empresas para, con ellas, dominar el mercado. En contraste con este telón de fondo, puede observarse que, en el antiguo Derecho, la condena de los monopolios se deriva del pensamiento de que los monopolios son ilícitos, por ser dañinos para los pobres o consumidores y, con ello, contrarios al bien común o a la utilidad pública (60). Postura que convendrá tener en cuenta, por darse la mano con las más recientes tendencias jurídicas, que explican la protección del consumidor por razones de política jurídica y no sólo de política económica.

(59) GALÁN CORONA, loc. cit., p. 174, en general, y con detalle, págs. 172, 176. En Inglaterra- aunque la «Restrictive Trade Practice Act» de 1976 no cubre los servicios profesionales (abogados, médicos, farmacéuticos, arquitectos), los Tribunales del «Common Law» extienden a ellos su doctrina (exceptúan sólo lo relativo al honor y consideración profesional). ANSÓN, *Law of Contract*, 25 ed., por GUEST, págs. 379-380.

(59 bis) El Ministerio de Economía y Comercio ha presentado un Anteproyecto de Ley general de comercio interior y de defensa de la competencia («B. O. Cortes». Serie A, núm. 184-I, 25 agosto 1982). Desgraciadamente, a pesar de sus buenos propósitos, no ha sabido corregir sus señalados principales defectos.

(60) No se pretende hacer aquí un estudio histórico sobre el tema, lo que sólo sería propio de los especialistas en la materia. Se trata, sencillamente, de recoger algunos datos, encontrados aquí y allá, que muestran que la Ley sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia no ha nacido «ex nihilo», como pudiera pensarse leyendo la Exposición de Motivos de esta Ley; también, se ha creído, que dichos datos pueden servir para aclarar la evolución jurídica de la protección del consumidor, frente a los monopolios y con ello dilucidar cuál haya sido su intrínseca y permanente «ratio iuris»; lo que en último término puede servir para interpretar mejor las disposiciones legales y hasta para pensar en sus posibles reformas.

De los datos que han podido aquí tenerse en cuenta, se deduce que, en la antigua Roma, no se conocen hasta muy tarde los monopolios, pues ni siquiera hubo un nombre latino para designarlos (61); aunque eso sí, los cambios político-sociales de Roma hacen que ya, a finales de la República se dicten «senatus consultus» prohibiéndolos (62). Debieron ya proliferar, y en demasía, en el período imperial, pero no se encuentra en el «Corpus» justiniano disposición alguna sobre ellos, hasta entrada la época bizantina. El Código recoge una constitución de León I (a. 463) prohibiendo de modo general los monopolios (63) y otra de Zenón (a. 483), en la que se condenan los convenios establecidos para que no se vendan las mercancías por bajo del precio pactado (64). Sin embargo, parece que muchas autoridades los permitían, expresa o clandestinamente; «quienes vendían el bienestar de los subditos a quienes estaban dispuestos a que funcionase tan monstruoso sistema» (65).

La autoridad del Código justiniano basta por sí sola para que se condenen los monopolios en el Derecho Medioeval, aunque se advierte que ellos podían admitirse si los permitía el Príncipe. Las Partidas recogen este criterio. Se refiere a los monopolios, diciendo: «Cotos e posturas ponen los mercaderes entre sí, faziendo juras e cofradías, que se ayuden unas con otras, poniendo precio entre sí por quanto den la vara de cada paño, e por quanto precio de cada una de las otras co-

(61) Suetonio nos cuenta que Tiberio, llevado por su extremado purismo en el uso del lenguaje, se excusa ante el Senado por emplear el término griego «monopolio», por no existir palabra latina para expresarlo. Dato mencionado en *Vita Duodecim Cesarum. Tiberio*, § 71. En «Lex Julia de annonae», se pena a quien «contra annonae fecerit, societamve coierit, quo annonae carior fiat», D. 48,11,12,2.

(62) PLINIO («maior»). *Naturalis historiae* (también denominada *Naturae Historiarum*, 1.XXXVII) lib. 8, cap. 37. Mucho antes, PLAUTO, *Captivi*, 3.1.29, menciona que los aceiteros de Velabro se concertan en secreto para vender todos al mismo precio; datos recogidos por los humanistas; pasan luego a los autores que se ocupan de los monopolios, Comp. CUJACIO, *Observationum*, lib. X, cap. XVIII; véanse los autores citados en notas 82 y 83.

(63) «... monopoliiis, in quocumque loco vel civitate sint, nullius materiae vel rei utatur», C. 4.59 (1).

(64) «Neve quis illicitis habitis conventionibus coniuret aut paciscatur ut species diversorum corporum non minoris, quam inter se statuerint, venundentur» C. 4.59.1 (2).

(65) PROCOPIO, *Anekdotia* (en latín, «Historia arcana»), 20, 5 y 25, 12. Este dato parece ser cierto, teniendo en cuenta lo que se dice en los fragmentos antes citados del Código. No, en cambio, lo que se cuenta de que Justiniano se lucraba con este tráfico. Me permito advertir que, no obstante la opinión de ciertos historiadores, la lectura de dicho obra muestra por sí misma que se trata de un repugnante libelo, colección de absurdas calumnias, tan inverosímiles como la de afirmar que Justiniano era un archidiablo engendrado en su madre por un demonio (12,13-13,3). La misma atribución de la obra a Procopio parece infundada, si se comparan fechas y lo que se dice en el prólogo del libro. En fin, todo lo que en ella se narra contradice lo que sabemos por otras fuentes (también hasta por las Historias de las guerras y las Construcciones de Justiniano de Procopio), sobre lo que fueron e hicieron Justiniano y Belisario.

sas, e non menos». Respecto de lo que se ordena que «non sean puestos sin sabiduría e otorgamiento del Rey, e si los pusieran non valan». Estableciendo contra los infractores y las autoridades que los consintieren penas muy graves (66).

Esta actitud del legislador, un tanto aséptica o pragmática, cambia en su raíz por influencia de los canonistas y, en España, por la importancia dada entre los juristas a las enseñanzas de los autores de Teología moral. Ya Gregorio López, en su glosa a la citada Ley de Partidas, verá desde otro punto de vista la cuestión. La condena de los monopolios no se basará tan sólo en que ellos ponen en peligro el buen aprovisionamiento de los pueblos y el pacífico comercio en las ferias (67). Desde esta época se atiende a la valoración moral de dicha figura, lo que permitiría a Gregorio López advertir a los Príncipes que, al conceder privilegios de monopolios, se procede contra la utilidad pública, enriqueciendo a unos y empobreciendo a otros; amonestándoles a que tengan a Dios ante los ojos y a la utilidad pública, a la que sin diferencia deben servir (68).

Ese buscar apoyo o inspiración en los moralistas, usual en la época de oro de la doctrina jurídica española, se manifiesta también en otros autores. Antonio Pérez, comentando la constitución del Emperador Zenón, no se limita a explicarla, sino que se remite a lo que enseña el P. Molina sobre los monopolios (69), añadiendo que nadie lo ejerza, aunque fuera acogiéndose al rescripto del Príncipe que lo permita (70), pues ello sería contra el Derecho de gentes (71). Matienzo, refiriéndose a las penas que el Juez ha de imponer en caso de monopolio, añade que éstos son ilícitos y obligan a restituir, como lo prueba Domingo de

(66) P.5,7,2. Siguiendo el modelo romano, detallan otros supuestos análogos: los menestrales que convienen en fijar el precio de cada cosa que hacen; los convenios de que nadie trabaje en el oficio, sino aquellos que reciban en sus gremios; que los así recibidos no acaben lo que otro hubiere comenzado; «e posturas e cotos, como estos sobredichas, nin otros semejantes».

(67) Se estimaron los monopolistas tan peligrosos y perjudiciales como los «dardanarii» (D. 47,11,6); acaparadores, que reciben este nombre en recuerdo del mago Dardano.

(68) Glosa 2,i,f., a P. 5,7,2. Sobre dicha Ley de Partidas, también SALÓN DE PAZ, *Prima Pars Consiliorum*, Matymnae Campis, 1576, Cons. 47, fol. 164 vto. y siguientes, quien entiende aplicable esta Ley, curiosamente, a los convenios para no recibir a un noble en la confraternidad de un hospital de nobles, señalando que no se puede hacer algo en perjuicio de terceros, § 7, fol. 165.

(69) La referencia a MOLINA es a *Justitia et Jure* (Tract. II, Disp. 345, *Opera Omnia*, ed. Colonia Allobrogum, 1733, II, págs. 224-227). Se afirma allí que el Rey peca mortalmente concediendo monopolio en perjuicio de los súbditos (§ 3). El mercader que se aproveche de un monopolio debe restituir al dañado (§ 4).

(70) La concesión de monopolios («estancos») «entre nosotros», es regalía exclusivamente del príncipe, TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis prescriptionis et consuetudines*, Valencia, 1690, qu. XI, § 135, pág. 124.

(71) *Praelectionis in duodecim libros Codicis Justiniani*, ed. Venecia, 1773 a C. 4,59 I § 2, p. 181. Fuera de España, ZOESIO, sobre el mismo texto del Código, se limita a referirse al perjuicio del monopolio que supone encarecer

Soto (72). Del mismo modo, Castillo de Bovadilla se acoge a esta misma autoridad para decir que los monopolios, además de estar penados por las leyes civiles, implican pecado en el fuero de la conciencia y obligan a la restitución (73). Testimonio el suyo de especial interés, pues unía a su conocimiento de la doctrina (73 bis) su experiencia administrativa (74), la que le hizo sentir de cerca que los pactos y convenios monopolísticos no sólo eran contra la razón y equidad natural, sino también en gran daño de los pobres (75).

Aunque con distinto alcance y justificación, en otros países de Europa, se encuentran disposiciones especiales contra los monopolios o se entiende haber sido recibida la constitución del Emperador Zenón; de modo que a mediados del siglo XVIII, pudo establecerse como premisa mayor que, en todos los Derechos («in allen Rechten»), estaban prohibidos los monopolios (76). En corroboración de este dicho, pueden citarse los siguientes datos. El Emperador Carlos V en Bruselas dio una Ordenanza, en la que condena, pena y declara nulos los convenios y acuerdos estableciendo monopolios «para obviar los daños procedentes de los monopolios y contratos ilícitos, que usan varios mercaderes y gentes de oficio en perjuicio de otros buenos y leales mercaderes y gentes de oficio y de toda la cosa pública» (77). También Francisco I las prohíbe en Francia, en la Ordenanza de 1539 sobre maestros de oficios y prohibición de monopolios (78). Domat, en su escueta referencia a los monopolios, no los trata en las «Leyes civiles en su Orden natural», sino considerándolas como propios del Derecho administra-

las mercancías; en las *Annotationes* a esta obra, por NEURATH se hace referencia a la opinión de que no son contra la razón natural y hace la pregunta de si la Liga Hanseática es un monopolio, y señala que está permitida por los Reves, por el Emperador y por costumbre inmemorial, *Commentarius in Codicem Justinianum accurrante Martino Neurath*, ed. Venecia, 1757, a C. IV, 59 págs. 227-228.

(72) *Commentaria (In librum quintum Recollectiones Legum Hispaniae)*, ed. Mantuae: Carpetanae, 1.613, tít. 14, gl. 9, § 13, fol. 412, a. La referencia a SOTO es a *De iustitia et de iure*, lib. VI, § 2, in fine, ed. Salmanticae, 1559, páginas 533-534.

(73) *Política de corregidores y Señores de vasallos en tiempos de paz y de guerra...* Barcelona, 1624, lib. 3, cap. 4, § 60, II, p. 76, § 66.

(74) Hubo de ser corregidor en Coria y Guadalajara. Su obra muestra gran erudición, y en «Al Lector», en tomo segundo, le dice que «se han de tener muchos libros, aunque se gaste en ello la mitad de la hacienda».

(75) Explica que los que no tienen dinero para pagar el excesivo precio de las cosas, se ven forzados a vender sus alhajas y bestia de labor y aun sus tierras y heredades a viles precios, loc., cit., § 63, pág. 77. Cuenta: «En una ciudad, me acuerdo que tuve que azotar a unos taberneros porque habiendo gran falta de vino de acarreo lo tenían escondido en cueros, de concierto, para no venderlo ni manifestarlo, si no se les subía el precio a su voluntad», § 60, págs. 76-77.

(76) LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, Lypciae et guelpherbyti, 1784, XI, página 39. También pág. 38 («omni iuris»).

(77) La recoge REBUFFO, *Commentariorum in Constitutiones Regias Gallicas*, Lugduni, 1555, II, pág. 307.

(78) Comentado ampliamente por REBUFFO, loc. cit., págs. 307-311.

tivo, los menciona en su Derecho público (79). En Inglaterra se dictan varias leyes contra los monopolios, comprendiéndolas entre los delitos como delitos contra el tráfico público por restringir la libertad de industria y comercio (80). En fin, en Italia y en el Imperio germánico se entienden también prohibidas por aplicación directa de la constitución zenoniana (81).

Todavía cabe notar, en la doctrina fuera de España (Escuela Protestante de Derecho natural), una cierta lenidad hacia los monopolios admitiendo que hay algunos que no son contrarios al Derecho natural (82). Mas donde se encuentra un cambio radical de la doctrina sobre los monopolios será en los comentarios al «De Iure Belli ac Pacis», de Grocio, debidos a Enrique de Cocceio y a su hijo Samuel. El primero afirma que los pactos creando monopolios no son contrarios al Derecho natural, porque las partes disponen de lo suyo y no de lo ajeno; ni se actúa contra Derecho contra el tercero, porque éste puede comprar en otra parte y si faltan mercancías, la falta no está en el Derecho. En la «Additio» al texto paterno además se afirma tajantemente que en verdad todo precio es equitativo, pues nadie está obligado a vender su cosa por el precio justo (83).

La considerable atención que las leyes dedicaron a los monopolios y a los pactos que los crearon desaparece súbitamente de leyes y tratados. Ello se explica por la revolución que supuso el triunfo de «las nuevas ideas», a finales del siglo XVIII. Barridas ya las trabas de origen feudal y destruidos los cuerpos intermedios, se piensa que no hay dificultad en que triunfen sin límites los dogmas de la libertad de comercio y de la ilimitada autonomía de la voluntad, «qui dit contracruel dit juste». Dadas tales creencias, hubo de parecer innecesario y hasta aberrante tener en cuenta los monopolios y los convenios que los originaban.

Dichas «nuevas ideas» no tardan mucho en ser recibidas por las leyes españolas. El Decreto de 8 de junio de 1813, dado en Cádiz por las Cortes generales y extraordinarias y que fuera dictado para remover

(79) *Le Droit Public*, 1, tít. 7, sec. 4, art. 8; 1, tít. 12, sec. 1, art. 9; 1, tít. 12, sec. 7, art. 7, ed. París, 1787, II, págs. 83, 138 y 140. También *Supplement du titre III du Droit Public*, tít. 12, 1, pág. 314.

(80) BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, IV. ch. 12 § 9, 4.ª ed. Oxford; 1770, IV, págs. 159-160.

(81) En uno y otro país, por aplicación del derecho romano. Incidentalmente, el CARDENAL DE LUCA, *De Regalibus*. Disc. 117, § 9, *De emptione et venditione*, Dis. 12, § 8. *Teatrum Veritatis et Justitiae*, ed. Venectiis, 1726, II, página 181, VII, pág. 153. LEYSER señala que los príncipes no pueden ejercer o conceder monopolios según las leyes civiles; pero que los príncipes alemanes pueden más que el César en el imperio, loc. cit., pág. 41.

(82) GROCIO, *De Iure Belli ac Pacis*, lib. 2, cap. 12, § 16, ed. BARBEYRAC, Amstelami, 1735, pág. 622; PUFENDORF, *Le Droit de la Nature et des gens*, Lib. 5, cap. 466, ed. Amsterdam, 1754, II, págs. 466-468; HEINECCIO, *Praelectiones academicae in Hugonis Grotii de Iure ac Pacis*, ed. Genovae, 1748, págs. 297-298 (Operum, VIII).

(83) *Comentariis de Henr. L.B. de Cocceii a de Iure Belli ac Pacis de Grocio, con Observationibus de Samuelis L. B. de Cocceii*, II, cap. XII, ed. Lausanae, 1751, pág. 710.

las trabas que han entorpecido el progreso de la industria, establece la libertad de ejercitar industria u oficio útil y deroga las Ordenanzas de los gremios sobre examen, título e incorporación. No haciéndose ya ninguna indicación respecto a los monopolios, seguramente por parecer ello inútil. En la Circular de 28 de junio de 1825, restableciendo las Ordenanzas gremiales y derogando el Decreto de Cortes, hay en cambio una referencia a los monopolios, al añadirse que la Junta de Comercio y Moneda habrá de examinar las Ordenanzas y que «se anule todo lo que pueda causar monopolio por los del gremio». El R. D. de 20 enero 1834 ordena arreglar las Ordenanzas, Estatutos o Reglamentos de cada ramo de industria fabril, para su debida aprobación; disponiendo, a este efecto, en la base 5.^a, que «ninguna Ordenanza gremial será aprobada si contiene disposiciones contrarias a la libertad de fabricación, a la circulación interior de los géneros y frutos del Reino o a la concurrencia indefinida del trabajo y de los capitales». Esta parece ser la última referencia a la protección de la libertad de la competencia. La Ley de 2-6 diciembre 1836, restableciendo el Decreto de Cortes de 8 de junio de 1813, hubo de parecer que ya eran innecesarias o contradictorias cualquier referencia a los monopolios.

El movimiento codificador en España se inspira en esta misma ideología liberal, ya consagrada en el Código civil francés; ella es recogida tanto en el Código de comercio (arts. 51 y 117) como en el Código civil (1.091, 1.255). El artículo 1.255 contiene la reserva de que los pactos, cláusulas y condiciones contenidas en los contratos para ser válidos, no han de ser contrarios al orden público; ella ha servido como aparato adaptador de la ley a los cambios de ideas que se produzcan en cada época.

Puede observarse en la jurisprudencia este proceder y cómo, en un primer momento, los pactos restrictivos de la competencia se consideran nulos, todavía conforme al criterio tradicional contrario a los monopolios (S. T. S. 15 marzo 1894); después, cuando ya dominan las ideas liberales, cómo serán considerados plenamente válidos dichos pactos (S. T. S. 25 abril 1925), y últimamente, cómo de acuerdo a la moderna tendencia contraria a los monopolios y a las prácticas restrictivas de la competencia, dichos pactos serán estimados nulos, por contrarios al orden público (S. 31 diciembre 1979) (84).

La señalada evolución del Derecho hace que sea de primordial importancia para la protección del consumidor poner en claro el significado y alcance del orden público en la legislación española.

IV. EL CONCEPTO DE ORDEN PUBLICO

1. *Motivos para su estudio en estas notas.*

El concepto de orden público es hoy una de las claves del Derecho internacional privado, objeto de innumerables estudios, en los que se

(84) Sobre las sentencias citadas en el texto, las notas 198 y siguientes.

intenta definir y reducir su esfera de acción (85). En los Derecho civil y mercantil se ha tratado también de fijar el ámbito de su eficacia, en cuánto importa delimitar el alcance de la autonomía de la voluntad.

La «Association Henri Capitant», allá por el año 1962, trata de remediar esta situación de dudas y vacilaciones, proponiendo el orden público como uno de los temas a tratar en su reunión de Quebec. Allí se le califica repetidamente como uno de los enigmas del Derecho (86), y el ponente general resume sus impresiones diciendo que el problema que suscita es uno «de los más arduos y decepcionantes en la hora presente» (87). Poco antes, en un notable trabajo sobre los contratos contrarios al orden público, se habían recogido varios de los numerosos dictérios dedicados a la figura del orden público y a la dificultad —que se dice invencible— de su definición (88).

No se pretende aquí resolver ningún enigma ni hacer ese examen a fondo que puede requerir el concepto de orden público; las notas que siguen tienen un propósito más limitado, considerar las posibilidades que pueda ofrecer dicho concepto para resolver casos como el de la Asociación de Agentes Mayoristas de Vizcaya y en general para determinar el alcance de la protección del consumidor. En orden a ciertas cuestiones básicas, ¿el convenio celebrado para establecer condiciones en daño de los consumidores será contrario al orden público? ¿Es contrario al orden público, el contrato en el que un empresario, aprovechando una posición de dominio o de superioridad económico-social, impone al consumidor condiciones abusivas? ¿Constituye el orden público una limitación inmanente a la autonomía de la voluntad?

Mas no obstante el alcance restringido de estas notas ha parecido no sólo conveniente, sino necesario ir señalando con algún detalle, las dificultades que se ofrecen para apresar el sentido y el significado del término orden público en el Derecho privado, aunque sea sólo al objeto muy limitado de este ensayo.

2. El sentido propio del término orden público

Es tradicional en la doctrina jurídica, como de buen sentido, enseñar que los términos jurídicos han de entenderse, en primer lugar, por su significado gramatical o como dice ahora el Código civil reformado, «según el sentido propio de las palabras» (art. 3.º, 1). Los «termini technici» del Derecho, en contraste con los de otras ciencias, son tomadas de la lengua usual; lo que parece lógico, dado el origen y fina-

(85) Como puede observarse en los Tratados y Manuales sobre colisión de leyes. Comp. nota 131.

(86) *Travaux de l'Association Henri Capitant, pour la culture juridique française*. Montreal, 1956. La notion de l'ordre public et des bonnes moeurs dans le droit privé, págs. 611-808. Así también FONTAINE, pág. 675; MALOURIE, página 749.

(87) BAUDOUIN, *id.*, *id.*, pág. 723.

(88) MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public* (Etude de Droit civil comparé: France, Anglaterra, URSS), Reims, 1953, pág. 3.

lidad social de las reglas jurídicas; criterio al que son especialmente fieles los Códigos civiles, destinados a ser comprendidos por el pueblo (89).

Por ello, al inquirir qué quiere decirnos el Código civil, cuando utiliza el término orden público (90), parece obligado acudir al Diccionario. En el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia se entiende por orden público: «situación y estado de legalidad normal en que las autoridades ejercen sus atribuciones propias y los ciudadanos las respetan y obedecen sin protesta» (91). A primera vista resulta ya sorprendente la desconexión entre el lenguaje usual, recogido en el Diccionario, y el utilizado por el Código civil. Sorpresa que aumentará al observar que los textos legales anteriores a dicho Código siguen utilizando el término orden público con su significado ordinario o popular. La Ley de 20-23 abril 1870, llamada de orden público, dice que son su objeto: 1.º «Las medidas gubernativas que las autoridades civiles y militares pueden y deben adoptar para mantener y restablecer el orden público, y para prevenir los delitos contra la Constitución del Estado, contra la seguridad interior y exterior del mismo, y contra el orden público, que la vigente ley penal condena. 2.º La competencia de los Jueces y Tribunales en las causas criminales y el procedimiento a que éstas han de ajustarse.» Semejante valor tiene el término en el Código penal reformado y aprobado por Ley de 17 junio 1870, cuyo título III, del libro segundo, se ocupa de los delitos contra el orden público, en que se castiga la rebelión, sedición, atentados y desacatos a las autoridades y los desórdenes públicos (arts. 243-279) y también en los artículos 585-591, que tratan de las faltas contra el orden público.

El nuevo sentido que vendrá a darse al orden público en nuestro Código civil procede del Código civil francés, y se recibe en el español a pesar de la resistencia que a ello opone García Govená, precisamente por la inadecuación que resultaría con el sentido usual del término.

En el Proyecto de Código civil de 1851, siguiendo siempre el modelo francés, el término se emplea en el artículo 11 (92); en las Concordancias, don Florencio, al comentar dicho artículo, protesta contra su introducción, observando que hubiera sido más propia la locución

(89) La misma doctrina científica procura advertir cuando se desvía un término de su sentido usual, así, por ejemplo, en los términos: persona jurídica, capacidad jurídica, negocio jurídico.

(90) Artículos 6.º, 2 (antiguo art. 4.º), artículos 20, par. últ., 594 y 1.255.

(91) Ed. Madrid, 1970, pág. 947. En el *Diccionario del uso del español*, de MOLINER, se matiza diciendo: «Situación de un país en relación con la sumisión por parte de los ciudadanos a lo establecido por las autoridades, esa situación cuando se mantiene sin disturbios». «Su única preocupación es el orden público». Tranquilidad o ausencia de alboroto, riñas, etc., en lugar público o que trasciendan al público: «Los que alteran el orden público». Madrid, 1971, II, pág. 578. En el *Diccionario Ideológico*, de CASARES, no se recoge la frase en el vocablo orden.

(92) «No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres». Traducción literal del artículo 6.º del Código civil francés.

«jus publicum» romana que la de «orden público», advirtiendo que «en la acepción vulgar *orden* y *sosiego público* son sinónimos» y agrega que «seguramente no es tan mezquino el sentido del artículo 11», sino que se extiende a todo lo que las leyes romanas comprendían en la locución de «jus publicum», es decir, «a todo lo que tenía por objeto la utilidad o moral públicas, la forma y solemnidades de los actos o instrumentos y de los juicios» (93).

Al haber vencido definitivamente en 1889 la tendencia afrancesada, al redactarse el Código civil (94), se empleará el término orden público de variadas maneras en los textos legales: unas veces con el sentido antiguo o vulgar, p. ej., en la Ley de Orden Público (30 de julio de 1969) y en los sucesivos textos del Código Penal (arts. 247, 567, 572), en la Constitución de 1978 (art. 16), y otras veces con el sentido nuevo y más vago, empleado en el Código civil, así, por ejemplo, en el texto articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado, de 8 de abril 1965 (95) y en la Ley orgánica de Libertad Religiosa, de 5 de julio de 1980 (96). Todavía la Ley sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia utiliza el término en la acepción de orden público económico (97).

Esta señalada desconexión del valor semántico o usual del término orden público, respecto del sentido con el que se le empleara en los Códigos civiles, ha sido seguramente la causa primera de ese su carácter enigmático y desconcertante, del que se le acusa en la doctrina. El que posiblemente pudiera explicarse y hasta aclararse observando cómo ese nuevo sentido se origina, cómo llega y se acuña en el Código Napoleón.

3. *El orden público en el Código civil francés*

Resulta indudable que el término orden público, en el sentido especial empleado en el Código civil español, procede del Código francés. Para conocer cual fuera el significado con el que se le recibe en el texto de 1889, interesa saber cómo fuera introducido en el Código Napoleón.

(93) *Concordancias, motivos y Comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, I, pág. 23, comentario al artículo 11.

(94) En el que se emplea el término además de en el artículo 11 (ahora artículo 12,3), también en los artículos 4.º (ahora art. 6.º, 2), 20, 594 y 1.255.

(95) «La Administración puede concertar con los particulares los pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al orden público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración» (art. 10, par. 1).

(96) «El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y del culto tiene como único límite el derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una Sociedad democrática» (art. 3.º, párr. 1).

(97) Artículo 1.º, dos, de la Ley sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia y en su Exposición de Motivos, III, 1.

En las leyes francesas dicho especial empleo del término también fue una novedad: apareciendo por primera vez en el artículo 6.º de su Código civil. Aunque posiblemente no resultara en Francia tan disonante de su sentido corriente como en España. Así, Domat entiende por orden público, el orden establecido, el orden de la sociedad (98); acepción amplia que se refleja en algún diccionario francés (99).

En la larga elaboración del Código civil francés aparece tarde el término orden público y entonces se le recibe con críticas. Su origen está en una nueva redacción del título preliminar (de la publicación, de los efectos y de la aplicación de las leyes en general); la que presentará Portalis al Consejo de Estado. El artículo llevaba en aquel momento el número 9 y decía: «La infracción de las leyes que interesan al público no podrá ser amparada ni por convenios ni por desestimación» («des fins de non recevoir»). El Consejero Boulay propone otra redacción. «No pueden derogarse por actos de los particulares las leyes que interesan el orden público y las buenas costumbres». La que se aprueba sin discusión, al parecer (100); texto que será el que, con algunas alteraciones, pasará al Código civil con el número sexto.

La oposición al Proyecto del título preliminar fue muy grande en el Tribunado. En especial el citado artículo que ahora llevaba el número 8.º es censurado por inútil, por no expresar otra cosa que el respeto a la ley, y por ser peligroso, pues podría alegarse o probarse que una ley no interesaba al orden público (101). Los oradores que intervienen en favor del Proyecto alegan haber leyes de Derecho público y de Derecho privado, y que son aquellas las que interesan al

(98) En su *Traité des Loix*, que precede a *Les Loix civiles dans leur ordre naturel* establece como tercera regla general, la de que estando cada particular ligado al cuerpo de la Sociedad, no debe hacer nada que hiera este orden, lo que se apostilla al margen: «no hacer nada en su particular que hiera el orden público» y en la regla diez, dice que cualquier compromiso no es lícito más que si es conforme al «orden de la sociedad»; y lo que se resume diciendo, en la apostilla marginal, «todos los compromisos que hieran las leyes y las buenas costumbres son ilícitos», cap. IV, Ed. París, 1777, I, págs. X y XI.

(99) En el prestigioso *Dictionnaire de la Langue Française*, de LITTRÉ, se dice: «Orden público, conjunto de las reglas que hacen la seguridad de la sociedad. El fundamento del orden social. Este orden por el que la sociedad subsiste es el que se llama el gobierno de la ciudad, Dumorsois, Lib. Egl. gall., part. 1, máx. 1». Ed. París, 1885, tomo III, pág. 849. El también prestigioso y moderno ROBERT, *Dictionnaire analogique et alphabetique de la langue française* no recoge la frase «ordre public» como especial, aunque menciona «troubler l'ordre public»: la seguridad pública, el buen funcionamiento de los servicios públicos. Ninguno de estos diccionarios se refieren al significado del orden público en el «Code Civil».

(100) FENET, *Recueil Complet des Travaux préparatoires du Code Civil*, VI, París, 1836, pág. 16; *Procès-Verbaux du Conseil d'Etat, contenant la discussion du Code Civil*. París, Ans. IX et X, I, pág. 14.

(101) En nombre de la Comisión especial del Tribunado, lo hace con estos argumentos, ANDRIEUX, quien señala también que el término «jus publicum» no significaba más que «publicum stabilitum»; FENET, V., págs. 67-68.

orden público (102). Rechazado el Proyecto por el Tribunado se lleva ante el «Cuerpo legislativo», donde se repiten los argumentos en pro y en contra del Proyecto, por los oradores del Tribunado y por los del Gobierno (103).

Unos años después (23 de febrero 1803) llega otra vez nuestro artículo al Tribunado, en nueva y definitiva redacción, ahora ya con el número 6.º (104). Lo presenta Portalis, designado a este efecto por Napoleón. En su discurso enseña el porqué de política jurídica, que explica y justifica la referencia del orden público. Sea permitido reproducir algunos de los párrafos que dedica al dicho artículo: «Algunos jurisconsultos han llevado el delirio hasta creer que los particulares pueden hacer tratos entre ellos, como si vivieran en lo que ellos llaman estado de naturaleza, y consentir en cualquier contrato que pueda ser conveniente a sus intereses, como si no les constriñera ninguna ley. Tales contratos, dicen, no pueden estar protegidos por las leyes que ellos ofenden; pero, como la buena fe, debe ser guardada entre las partes que se han obligado recíprocamente, habrá que obligar a la parte que rehúse ejecutar el pacto a que entregue un equivalente de lo que las leyes no permiten ejecutar en especie. Todas estas peligrosas doctrinas, basadas en sutilezas y para evadir máximas fundamentales, deben desaparecer ante la santidad de las leyes». «Mantener el orden público en una sociedad es la ley suprema. Proteger los convenios contra esta ley sería colocar las voluntades particulares por encima de la voluntad general, eso sería disolver el Estado» (105).

Palabras elocuentes que expresan bien la preocupación determinante de la referencia al orden público en el artículo 6.º (106). Resultaba necesario reaccionar frente a la deformación que había sufrido el principio de la autonomía de la voluntad a manos de los yusnaturalistas no católicos. En el Derecho común los canonistas y los autores sobre Teología Moral habían afirmado aquel principio (107), pero subordinado

(102) En este sentido, LUDAT (FENET, VI, pág. 110), HUGUET (íd, IV, pág. 139), DEMENIER, frente a la crítica de falta de claridad, señala que los Tribunales decidirán lo que interesa al orden público (FENET, IV, pág. 93).

(103) ANDRIEUX (FENET, VI, pág. 242), en contra del artículo; en favor PORTALIS (íd. VI, pág. 271), BOULAY (VI, pág. 310).

El texto del Consejo de Estado se aprueba en 25 de julio 1801. Se comienza a discutir en el Tribunado el 3 diciembre 1801. Es rechazado por el Tribunado en 14 diciembre 1801.

(104) Artículo 6.º «No se pueden derogar por convenios particulares las leyes que interesan el orden público y las buenas costumbres».

(105) FENET, VI, pág. 362. *Code Civil, suivi de l'Exposé des Motifs de chaque loi, présenté par les orateurs du gouvernement - Des rapports faits au Tribunat*. París, 1820, II, págs. 19-20.

(106) Los artículos 686 y 1.131 del mismo Código mencionan también el orden público; lo que se explica respecto a la constitución de las servidumbres voluntarias, por ser «regla común a todos los convenios» (informe al Tribunado del tribuno ALBISSON, *Code Civil, suivi...*, citado antes, IV, página 134); la referencia a la causa se aprueba sin comentario (FENET, XIII, página 54; *Procés verbaux*, IV, pág. 152).

(107) El adagio «pacta sunt servanda», se encuentra en las extravagantes («Pactum quantumque nudo servanda sunt», X, 1, 35, 1). Sobre la autono-

a las exigencias de la justicia y de la equidad en cada caso (108). Por el contrario, dichos nuevos yusnaturalistas consideran vinculantes todos los convenios, por el hecho de haber sido queridos y por respeto a la libertad individual. A lo más se admitía la ineficacia del contrato especial y expresamente condenado por una ley («pas de nullité sans loi»). Los autores del Código, por el contrario, afirman la superioridad de la voluntad general expresada en la ley, respecto a la de los particulares. A tal efecto siguen una vía media, sólo las leyes que no interesan al orden público y las buenas costumbres podrán ser derogadas por los convenios particulares.

Importa también señalar que, con el Código civil, no se pensaba excluir del ordenamiento jurídico al Derecho extrapositivo, como se ha pretendido, especialmente por la llamada Escuela de la Exégesis. El pensamiento de los redactores del Código civil aparece claro en los trabajos preliminares, especialmente al discutirse el artículo 6.º del Proyecto de Título Preliminar (después art. 4.º del Código), conforme al que el Juez no podrá negarse a juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley. Discutiéndose en el Consejo de Estado dicho artículo, Roederer se opone a su eceptación, ya que así se daría un poder excesivo a los Jueces. Los demás consejeros rechazan enérgicamente la objeción; se le responde que se interrumpiría el curso de la justicia si no se permitiera a los Jueces pronunciarse más que cuando la Ley haya hablado; pocos pleitos —se añade— son susceptibles de resolverse según una ley; es por los principios generales, por la doctrina, por la ciencia del Derecho, por lo que siempre se han decidido las cuestiones (109) (110).

mía de la voluntad, otras referencias en *Las Condiciones Generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, en este ANUARIO (XIV-II, abril-junio 1961) y en el *Arbitraje y la nueva «Lex mercatoria»*, en el ANUARIO, 1979, pág. 679, nota 206; otros datos en SCHERRER, *Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips des Vertragsfreiheit*, Basel, 1948.

(108) Lo que se manifiesta en instituciones correctoras, como la causa suficiente y lícita, la equivalencia de las prestaciones, la lesión, el precio justo, la «cláusula rebus sic stantibus», la condena de la usura.

(109) PORTALIS, TRONCHET y BOULAY se refieren a la necesidad del Juez de pronunciarse en su caso conforme a los principios generales. BIGOT - PREAMENEU cita a los principios de equidad natural, FENET, loc. cit., VI, página 23.

(110) GARCÍA GOYENA (citado en nota 93) se pregunta sobre la razón de que no se utilice por el «Code Civil» el término de «Derecho público», que tiene el aval del Derecho romano, «ius publicum pactis privatorum mutari non potest», D. 2,14,38; también D. 50,17,45, § 15, y por la que se prefiera el empleo del «orden público»; que tiene la contra de que hace pensar que se refiere al «orden de la calle», quizá pudiera contestarse recordando el sentido específico y estricto con el que DOMAT emplea aquel término; quien en las palabras del Prefacio con las que abre su *Droit Public*, explica que «Derecho Público no es otra cosa que el sistema de reglas que miran al orden general del Gobierno y de la Policía de un Estado», en «Les Loix civiles» antes citadas, pág. 13.

4. El orden público según la doctrina.

Desde la aparición del orden público en el texto del Código civil francés, los civilistas franceses y después los de los otros países en los que se ha seguido el ejemplo francés, se han visto y se ven forzados a la tarea ingrata, difícil, quizá imposible, de explicar y definir lo que sea el orden público, en los artículos de los Códigos que lo citan. Desligado de su sentido usual, separado de la tradición del Derecho común, término peculiar del Derecho francés (111), sin base sociológica alguna, no puede ocultarse su naturaleza artificial.

Todo ello crea dificultades, que se traducen en lo numeroso y variado de las fórmulas propuestas por los autores para definir el orden público (112). Su enumeración y cita habría de resultar enojosa para el lector, inevitablemente incompleta y posiblemente inútil. Bastará por ello, al limitado objeto de estas notas, recordar su número y diversidad. Unas, identifican el orden público con las normas de carácter imperativo (113), otras, por el contrario, van desde una referencia a la primacía del interés público (114), hasta matizaciones relativas a la organización estatal, a las reglas esenciales o indispensables para el funcionamiento del Estado (115), «al conjunto de ideas sociales, políticas, mo-

(111) Lo que puede explicar, que se prefiera utilizar la expresión francesa a traducirla al alemán. Así, SIMITIS, *Gute Sitten und «ordre public»*. *Ein Kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138, Abs. 1, B.G.B.*, Marburg, 1960, pág. 79, nota 1, págs. 168-169. En Derecho Internacional Privado se prefiere el término «Vorbehaltklausel», a traducir «ordre public» por «öffentliche Order», por apartarse del sentido semántico usual en la lengua alemana.

(112) MALAURIE, se entretuvo en recoger veintiuna definiciones del orden público, *Les contrats contraires a l'ordre public* (Etude de Droit civil comparé: France, Anglaterre, URSS), Reims, 1953, págs. 261-263; a las que hay que añadir la suya propia, págs. 59-60. Número de definiciones que se han multiplicado con el tiempo. Comp. también, ESPÍN, *Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites de la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa*, en este ANUARIO, tomo XVI, fascículo III, julio-septiembre 1963, págs. 783-820.

(113) Por ejemplo, SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho civil común y foral. Parte general*, II, segunda edición, s. d., pág. 39. DURANTON, *Cours de Droit suivant le Code français*, Bruxelles, 1841, I, § 109, págs. 24-25. SANTORO PASSARELLI, *Doctrina general del Diritto Civile*, 9.ª ed., pág. 187: principios generales obtenidos de un sistema de normas imperativas.

(114) Por ejemplo, MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, ed. Madrid, 1904, XX, pág. 504; MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, ed. Madrid, 1901, VIII, pág. 574; MARCADÉ, *Explication theorique et pratique du Code Napoleon*, París, 5.ª ed., 1859, § 94, pág. 67; LAURENT, *Principes de Droit Civil*, 3.ª ed., I, § 48, pág. 83; RIPERT, BOULANGER, *Traité de Droit civil*, París, 1956, I, § 579, pág. 259. CARBONNIER, *Droit civil*, París, 1955, I, § 25, pág. 88. Discurso del Ministro al presentar la ley de 1954 sobre Nacionalidad (art. 20, último párrafo), cita de PEÑA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirigidos por Albaladejo), Madrid, 1978, I, pág. 656.

(115) Por ejemplo, AMORÓS, en *Comentario a la reforma del Código Civil*, Madrid, 1977, pág. 308; DE BUEN, *Introducción al estudio del derecho civil*, Madrid, s. d. (1932), pág. 359; FIGA, *La renuncia de derechos y la exclusión voluntaria de la Ley*, en *El Título Preliminar del Código Civil*,

rales, económicas, religiosas a veces, cuya conservación se entiende ligada a la propia existencia de la sociedad» (116), «noción que responde a la idea de la supremacía de la sociedad sobre el individuo» (117). Tentativas que resultan desconsoladoras y de resultados poco convincentes. Unas son rechazadas, por hacer inútil o superfluo el concepto de orden público, al convertirlo en un duplicado de las reglas que se manifiestan imperativamente; frente a otras definiciones se observa que toda disposición legislativa debe estar dictada por consideraciones del interés general; en fin, se rechaza la reducción del orden público a la función de condenar los actos que atenten al funcionamiento o existencia del Estado, pues ello sería no tener en cuenta el origen de la referencia en los Códigos civiles al orden público y el modo de ser éste entendido por los Tribunales (117 bis).

La dificultad de la doctrina para encontrar una definición satisfactoria del concepto de orden público, es de distinta naturaleza, más honda que la que se puede tropezar ante otras figuras jurídicas, respecto de las que los autores se encuentran divididos. Se ha podido decir que «tratar de definir el orden público es aventurarse en arenas movedizas», y diferentes autores lo adjetivan de «suplicio para la inteligencia», de cabalgar en un caballo fogoso que nunca se sabe a dónde llevará, de

Academia Matritense del Notariado, Madrid, 1977, pág. 272 (orden social real); SAINZ MORENO, loc. cit., pág. 604; MALAURIE, loc. cit., pág. 69; FERRI, *Ordine pubblico, buen costume e la teoria del contrato*, Milano, págs. 191, sig., página 204, *Ordine pubblico*. a) *Diritto privato*, en Enciclopedia del Diritto, XXX, 1980, págs. 1044, 1050, 1054; MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e commerciale*, Milano, 1952, I, § 45,4, pág. 585; MARTY, RAYNAUD, *Droit civil*, París, 1956, I, § 99, pág. 164, II, § 70-75, págs. 61-64; GHESTIN, *Le contrat*, París, 1980, recoge la definición de Planiol (de la cita de Malaurie, pág. 263), § 93, página 66.

(116) BAUDRY-LACANTINERIE, HOUQUES-FOURCADE, *Traité theorique et pratique de Droit civil*, 3.^a ed., París, 1907, I, § 266, págs. 239-240.

(117) CARBONNIER, *Droit Civil*, París, 1957, II, pág. 385; SIMITIS concreta más, los negocios jurídicos contrarios al orden público son los que impiden el funcionamiento de las instituciones jurídicas conforme a los principios generales del Derecho; *Gute Sitten und ordre public*, Marburgo, 1960, página 174.

(117 bis) Nuestro Tribunal Supremo ha definido el orden público nacional en sentencia de 5 de abril 1966 (recogiendo las de 12 de mayo 1944 y 21 diciembre 1963) como integrado por aquellos principios jurídicos públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada (consid. 2.^o). Se trataba de matrimonio de extranjera con español, estando aquella divorciada con arreglo a las leyes de su país. ¿Este matrimonio atentaba contra el orden social de España? Al menos no lo entendió así la Audiencia Territorial de Barcelona, cuya sentencia fue casada por el Tribunal Supremo. La STS de 31 de diciembre 1979, recoge esta doctrina, para aplicarla al caso de una Asociación de Comerciantes constituida con el efecto de limitar la competencia. ¿Su nulidad es necesaria para la conservación del orden social? Hablar en estos casos de peligro para el orden social del pueblo parece no sólo exagerado, sino peligroso.

Se ha pensado, que «orden público y buenas costumbres, si se entienden de modo apropiado, son los servidores de los principios capaces de

parágrafo cauchú, de caminar por un camino cubierto de espinas (118). Lo que ha llevado hasta a pensar que no se trata de una cuestión propiamente jurídica, sino que para contestarla habría que acudir a otras disciplinas, a la filosofía del Derecho (119) o a la Metafísica (120), y hasta a que se nos advierta de la imposibilidad de definir el concepto de orden público (121).

5. *El orden público en los Códigos civiles.*

El concepto de orden público utilizado en los Códigos civiles, ha sido considerado también por los autores como figura enigmática e imposible de ser definida. Igualmente, resulta inexplicable el que en los Códigos se le mencione unas veces al lado de las buenas costumbres y en otros no se le cite junto a éstas, sin que se pueda adivinar el porqué de este diferente trato. En el Código Napoleón (1804), se declara el carácter inderogable, por los convenios particulares las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres (art. 6.º), no se permite establecer servidumbres contrarias al orden público (art. 686) y se dice ser causa ilícita la contraria a las buenas costumbres o a la ley (artículo 1.133); en cambio, no se menciona el orden público en otras ocasiones en las que se atiende a las buenas costumbres; así, por ejemplo,

desafiar al tiempo. Se contraponen de modo fatal a la norma imperativa, que representa el capricho momentáneo del legislador»; Sacco, *Il contratto en Trattato di Diritto civile italiano* (dirigido por Vasalli), VI, 2, Torino, 1975, pág. 543. Se desconoce aquí el carácter naturalmente variable del orden público, de las buenas costumbres y el que también hay normas imperativas inspiradas en criterios de justicia perenne. Como antes se indica, las citas hechas sobre opiniones de los autores no pretenden otra cosa que recoger algunos ejemplos de las direcciones doctrinales aludidas. En las mismas obras mencionadas se pueden encontrar referencias a otros ejemplos. También se advertirá que los autores, a menudo, utilizan conjuntamente varios criterios para caracterizar el orden público, o como algunos piensan, de las varias clases o tipos de orden público.

(118) MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public*, cit., pág. 3, con cita de los autores de las expresiones referidas.

(119) MALAURIE, en *Travaux* de la Association Henri Capitant, cit., página 748.

(120) FONTAINE, en *Travaux*, cit., págs. 684 y siguientes.

(121) DORAL en *La noción de orden público en el Derecho civil español*, Pamplona, 1967. Concluye su obra diciendo que: «La misma concepción dinámica de orden público aquí mantenida, resiste todo intento definidor que haga cristalizar el concepto», pág. 139. FARJAT, piensa que es imposible definir el orden público y que se impone el enumerar, aunque no sea de modo completo, los casos de orden público. *Ordre public et bonnes moeurs*, 1966, en *Juris Classeurs*, Civil, Code Civil, artículo 6, 1972.

Como excepción, puede citarse a FERRI; quien tras referirse a la señalada opinión común, niega que el orden público sea un concepto vago y misterioso, diciendo que está claro en el Código Napoleón, y también en el italiano de 1942; lo que afirma apoyándose en el concepto de causa del artículo 1.322, de este último Código. *Enciclopedia del Diritto*, citada, XXX, 1980, pág. 1040.

respecto de la condición en las donaciones y los testamentos (art. 900), de las obligaciones condicionadas (art. 1.172) y de las capitulaciones matrimoniales (art. 1.387).

En los Códigos posteriores, que siguen más o menos fielmente el modelo francés, puede observarse y hasta acentuada la misma falta de criterio fijo, en el uso del concepto de orden público; así, en los siguientes casos, que se citan sólo como ejemplo. En el Código de los Países Bajos (1838), se encuentra mencionado junto a las buenas costumbres el orden público (openbare orde») respecto a la causa ilícita (art. 1.373) (122). El Código civil argentino (1869), en su artículo 21 recoge lo que dispone el artículo 6.º del Código francés (123). El Código civil de Chile (1855) dice que el objeto de una declaración de voluntad es moralmente imposible cuando es contraria a las buenas costumbres o al orden público (art. 1.461, par. 1) (124). El artículo 16 del Código de Colombia, reproduce el artículo 6.º del Código francés y entiende por causa ilícita aquella que sea contraria a las buenas costumbres o al orden público (art. 1.524, par. 2). El Código de Bolivia (1830) se refiere al orden público al tratar de la renuncia a las leyes (art. 5.º), de la servidumbre voluntaria (art. 416) y de la causa ilícita (art. 724). El Código de El Salvador (1859) acude también al concepto del orden público respecto de las servidumbres voluntarias (art. 881, par. 1) y de la causa ilícita (art. 1.338, par. 2), pero no en cuanto a la renuncia a los derechos (art. 12) (125). El Código civil italiano (de 1865) sigue también el ejemplo francés, en relación a la constitución de las servidumbres voluntarias (art. 616, par. 1) y a la causa ilícita (art. 1.122); mientras que la regla del artículo 6.º francés (inderogabilidad por convenios, de las leyes concernientes al orden público y a las buenas costumbres) se extiende a las leyes, actos y sentencias de un país extranjero (orden público internacional) y se le lleva a las disposiciones sobre publicación, interpretación y aplicación de las leyes en general (art. 12).

Los redactores del Código civil de Quebec parece que se esforzaron en hacer más completas las referencias al orden público. Los artículos 13, 545 y 990 corresponden a los artículos 6.º, 684 y 1.133 del Código francés; pero, además, no se permiten las donaciones intervivos y los testamentos bajo condición contraria a las buenas costumbres, a la ley y al orden público (art. 760), se permite al testador derogar las reglas codificadas, con tal que ello no sea contrario al orden público o a las buenas costumbres (art. 872), y se mencionan las capitulaciones matri-

(122) En la Ley de 15 de mayo de 1829 sobre Disposiciones generales de la legislación del Reino, se recoge en el artículo 14 lo dispuesto en el artículo 6.º del Código civil francés.

(123) En la nota correspondiente de Velez Sarsfield se cita además de dicho artículo 6.º la P. 5,11,28, a los códigos de Nápoles (art. 7.º) y Sardo (art. 3.º) y a varios textos del Derecho romano.

(124) Respecto a la renuncia de los derechos, no se menciona el orden público (art. 12).

(125) Los textos de los Códigos Hispano-americanos aquí usados son los publicados por el Instituto de Cultura Hispánica.

moniales prohibidas por la ley o contrarias al orden público o a las buenas costumbres (art. 1.258). Sin embargo, no se evita la incongruencia advertida en los Códigos antes referidos, como la de olvidarse de citar en otros supuestos al orden público sin razón visible. Así, respecto al objeto de la obligación se requiere a que sea posible y no prohibido por la ley o por las buenas costumbres (art. 1.062) y se considera nula la condición contraria a la ley o incompatible con las buenas costumbres (art. 1.080) (126), sin mencionarse en uno y otro caso al orden público.

El Código civil español no se diferencia de los otros Códigos influenciados por el francés, respecto al trato dado al concepto del orden público. De una parte, ha seguido al Código Napoleón en el artículo 4.º (127) y en el artículo 594 (128); en cambio, se separa de dicho código al ocuparse del contrato. El Código francés considera causa ilícita la contraria a las buenas costumbres o al orden público, nuestro Código no menciona aquí al orden público y se limita a decir que la causa es ilícita cuando se opone a las leyes o a la moral (art. 1.275); en cambio, se refiere al orden público, a diferencia del Código francés, al señalar que la ley, la moral y el orden público limitan la libertad de contratar (art. 1.255 (129). Todavía, en dos de las reformas del Código, se utiliza el vocablo orden público, aunque apartándose del sentido con el que se le emplea en el Código francés. La Ley de 15 julio 1954 establece que la concesión de la nacionalidad podrá denegarse por motivos de orden público (art. 20 C. c.). Aquí, el sentido de la frase orden público se desvía de su origen y no concuerda con su justificación doctrinal; ya que su alcance y significado se entrega al arbitrio de la Administración (130). La Ley de 17 de marzo 1973, reformando el título preliminar del Código civil, recoge la salvaguardia del orden público frente a la aplicación de la ley extranjera (art. 12.3), conforme a la doctrina común del Derecho internacional privado (131). También ha de observarse

(126) Datos ofrecidos por CHALLIES, *What are public order and good morals?*, en *Travaux de l'Association Henri Capitant*, cit., pág. 645. Puede notarse que se traduce «ordre public» por «public order» y no por «public policy»; término éste técnico del Derecho inglés.

(127) Coincide en ello con el artículo 11 del Proyecto de 1851; respecto al que no ocultará GARCÍA GOYENA su desaprobación. Dicho artículo 4.º ha cambiado de número (es ahora el artículo 6.º-2) y de redacción, con la reforma de 1974.

(128) En lo que se diferencia del Proyecto de 1851 (art. 536).

(129) En el Proyecto de 1888 lleva el número 1.268 y el calificativo de «nuevo»; PEÑA, *El anteproyecto de Código civil español* (1882), Madrid, 1965, página 396.

(130) PEÑA, loc. cit. antes en nota 114, i. f.), págs. 427, 657.

La reciente Ley de 13 de julio de 1982 dispone que la concesión de la nacionalidad por residencia en España podrá denegarla el Ministerio de Justicia por motivos de orden público o interés nacional.

(131) El orden público, en Derecho Internacional Privado, es siempre una de sus figuras fundamentales. Como respecto al orden público en el Derecho civil, se ha dicho: «La noción de orden público aparece como algo enigmático y esencialmente problemático, un tema en el que todo es discutible y discutido, un recurso desesperado para intentar explicar lo que se ofrece como anormal», CARRILLO SALCEDO en *Comentario a las reformas del Código civil*, Madrid, 1977, I, pág. 638, y en *Comentarios al Código Ci-*

que el Código se refiere a las buenas costumbres y no al orden público, al regular las condiciones de los testamentos (art. 792) y en las obligaciones (art. 1.116), el objeto del contrato (art. 1.271) y los contratos con ocasión del matrimonio (art. 1.316). Esta indigesta y también incompleta enumeración bastará como ejemplo de la tervorosa acogida, a ojos cerrados, con la que se recibiera el nuevo término acuñado por el Código francés. Se destaca, por ello, como notable excepción, la que ofrece el Código civil alemán. El primer Proyecto, siguiendo el modelo francés, decía: «Es nulo el negocio jurídico cuyo contenido sea contrario a las buenas costumbres o al orden público» (§ 106). En el segundo Proyecto se borra del párrafo la cita del orden público y así queda en la redacción definitiva (§ 138.1). Abandono de la referencia al orden público, que se explica diciendo que el orden público es un concepto carente de una delimitación segura y que la mayoría de los negocios jurídicos contra el orden público lo son contra el ordenamiento jurídico o la moral (132); y también más tarde se piensa que con ello se evita mezclar con el Derecho privado consideraciones políticas y policiales.

Las dudas que se manifiestan al redactar el Código alemán nacen de lo impreciso de los términos buenas costumbres y orden público; lo que también pueden explicar los constantes titubeos de la doctrina. Se ha pensado para evitarlos en reducir la referencia a las buenas costumbres al terreno de la vida sexual y a la vida de la familia (133). También, por otra parte, se observa que se ha utilizado el término orden público, para ponerlo al servicio de las diversas ideologías políticas: fascista, nazi, socialista, liberal, democrática (134). Confusiones y dificultades que, en general han sido salvadas por el buen sentido de autores y jueces. En Alemania se ha creído poder referir las buenas costumbres al sentimiento de lo decente, el de todos aquellos que piensan de un modo honrado y justo; lo que ha permitido concluir que ellas ofrecen una medida para juzgar cada caso conforme a la ética inmanente en la ordenación económica y social vigente (135); así, se incluirán en ellas

vil y Compilaciones Forales (de Revista de Derecho Privado) (Director, Manuel Albadalejo), Madrid, 1978, I, pág. 437.

(132) Detalles sobre todo ello, en OERTMANN, *Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil*, Berlín, 1927, págs. 483 y siguientes; SIMITIS, loc. cit., página 75, 170. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlín, Heidelberg. New York, 1965, págs. 364 y siguientes. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München, 1967, páginas 428 y siguientes; ESSER, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, Heidelberg, Karlsruhe, 1976, pág. 86.

El Código General Civil de Austria (1811) no menciona el orden público; el § 837, menciona sólo a la prohibición legal y a las buenas costumbres, como aquellas cuya infracción produce la nulidad de los contratos.

(133) SIMITIS (loc. cit. en nota 111), pág. 197, críticas de esta opinión en FLUME, loc. cit., pág. 365, notas 9 y 12, y LARENZ, loc. cit., p. 429, notas 3 y siguientes.

(134) PANZA, *Buon costume e buona fede*. Napoli, 1973, pág. 185, nota 2.

(135) MAYER-MALY, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, *Allgemeiner Teil*, München, 1978, pág. 871, 15; ya VON TUHR había señalado que se trataba de asegurar un mínimo de conducta moral en el tráfico jurídico, mediante la negación de la protección jurídica (citando a Fischer,

los supuestos normalmente aludidos con el concepto de orden público.

La señalada postura del Derecho alemán (136), unida a la impotencia de la doctrina para apresar el concepto de orden público en una definición convincente, no tienen que llevarnos a la conclusión de que término y concepto de orden público sean inútiles y aconsejable su eliminación de los textos legales. Aunque no imprescindibles pueden servir de ayuda a la labor de los jueces; ejemplo de haberse tenido en cuenta esta posibilidad nos lo ofrece el Derecho suizo.

El primer Código suizo federal de las obligaciones de 1888, decía que un contrato es nulo si tiene por objeto una cosa imposible, ilícita o contraria a las buenas costumbres (137), sin mencionar al orden público. Ello no fue óbice para que la jurisprudencia considerase como imperativo el negar eficacia a los contratos que, sin ser contra la moral, chocaban a la conciencia general del país. Para mayor claridad, y para consolidar esta dirección, el Código suizo de las obligaciones (30 marzo 1911) mencionará luego expresamente el orden público (art. 19) (138). De este modo, se ofrece al juez un cauce amplio, para limitar la autonomía de la voluntad, fuera de los límites establecidos por las leyes expresamente imperativas; permitiéndole aplicar criterios extrapositivos de justicia o equidad (139).

Conforme a esta tendencia favorable a la utilización del orden público, se encuentra también el Código italiano de 1942, en el que se amplían las referencias al orden público que hiciera el Código de 1865; se establecen así límites en razón al orden público respecto de las disposiciones sobre el propio cuerpo (art. 5.º), las disposiciones testamentarias (art. 634), la causa de los contratos (art. 1.354) y las obligaciones

Rechtswidrigkeit, 77), *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*. München u. Leipzig, 1918, II, 2, pág. 23.

(136) La que se manifiesta también en su Derecho Internacional Privado; el artículo 30 de la Ley de Introducción al Código civil (18 agosto 1896) «excluye la aplicación de una ley extranjera, cuando su aplicación resulte contraria a las buenas costumbres y al fin de una ley alemana; lo que se denomina por los autores la cláusula de reserva («Vorbehaltsklausel»).

(137) En el texto francés de dicho Código, se dice: «contraire aux mœurs», lo que hay que entender en el sentido de buenas costumbres, como lo expresan los textos alemán («gute Sitten» e italiano («buoni costumi»).

(138) Conforme al Proyecto de Huber. Se atiende al orden público al establecer que las disposiciones del Código civil (1 marzo 1912), en razón del orden público o de la moral, se aplicarán desde su entrada en vigor, en tanto que la Ley no haya previsto una excepción (art. 2 Disposiciones sobre aplicación e introducción); BROGGINI, *Intertemporales Privatrecht*, en *Schweizerisches Privatrecht*, Basel u. Stuttgart, 1969, págs. 405 y siguientes, 433 y siguientes; SIMONIUS, en *Travaux de l'Association Henri Capitant*, cit., págs. 797 y siguientes. La legislación suiza, aunque no establezca en Derecho Internacional privado la reserva del orden público, ésta se encuentra firmemente anclada en el derecho consuetudinario; NIEDERER, *Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrecht*, Zurich, 1954, pág. 298. Puede verse también lo indicado en la nota 156.

(139) Respecto de los actos contrarios a las buenas costumbres, se ha observado que llevan consigo una condena moral, la que no es carácter necesario del orden público.

asumidas por el gestor de negocios ajenos (art. 2.031). De modo semejante al Código de 1865, en las disposiciones sobre las leyes en general, se impone el límite del orden público para la aplicación de las reglas de Derecho internacional privado (art. 31).

La cuestión del respectivo ámbito del orden público y de las buenas costumbres y la de la conveniencia de mantener ambos términos hubo de suscitarse en la Comisión de la Reforma del Código civil francés (140); pero al revés de lo que ocurriera en las comisiones para proyectar el Código civil alemán (141), ella se hubo de plantear en torno del artículo 48 del Proyecto de Código, en el que se había suprimido la mención de las buenas costumbres (142). En la Comisión en pleno se discute esta omisión; la que se defiende por entender que las buenas costumbres estaban comprendidas en el orden público, opinión a la que se opondrá que la cita de las buenas costumbres aporta al precepto una precisión complementaria (143); al fin, se llega a una fórmula de compromiso (144).

Cabe citar todavía, siempre a título de ejemplo, algunos Códigos más recientes; en ellos puede observarse también cómo el término orden público se sigue empleando sin criterio fijo y hasta un tanto caprichosamente. El Código civil de Filipinas (1959) ha tomado como modelo al Código civil español, aunque con una pequeña diferencia (145). El Código de Venezuela (1942) se refiere al orden público al tratar de la renuncia de las leyes (art. 6.º) y a la causa ilícita (art. 1.157). Pueden recordarse todavía algunos Códigos que utilizan la figura del orden público tanto como límite a la voluntad de los particulares (art. 3.º), como respecto a las disposiciones de Derecho extranjero (art. 33); así, el Código civil helénico (1940) (146) y la Ley de Introducción al Código civil

(140) *Travaux de la Commission de reforme du Code civil*. Année 1947-1948. París, págs. 44, 257-261, 177.

(141) Puede verse la nota 135.

(142) Dice así: «El acto jurídico no puede producir efectos que estén prohibidos por una disposición legal imperativa o que sean contrarios al orden público».

(143) La discusión se entabla especialmente entre Niboyet, que defiende la noción amplia del orden público, propia del Derecho Internacional privado, y Julliot de la Morandiere, que piensa en la conveniencia de mostrar que el orden público no se concibe como una noción de oportunidad política y económica y de que ciertos principios de moral entran en el orden público.

(144) Niboyet propone, y logra, se diga: «L'ordre public et notement les bonnes moeurs».

(145) Coinciden sus artículos 6.º, 688 y 1.306 con los del Código español, 4, 594 y 1.255, se separa en el artículo 1.362, en que sigue al Código francés (art. 1.133), al decir que es ilícita la causa contraria a la Ley, la moral, a las buenas costumbres y al «public order or public policy»; con lo que aquí se refiere tanto al orden público en el sentido de nuestro Código, como al que tiene en la jurisprudencia británica («public policy»).

También sigue al Código español, el Código civil de Puerto Rico (artículos 4.º, 530 y 1.207).

(146) El artículo 178, declara nulo el acto contra las buenas costumbres, y no menciona el orden público; el artículo 179 enumera como actos contrarios a las buenas costumbres: «Los actos que restringen desmesura-

brasileño (1942), en su artículo 17 (147). El nuevo Código portugués (1966) se refiere a los principios fundamentales del orden público internacional del Estado portugués, como límite para la aplicación de una ley extranjera, cuando ésta lo sea conforme a las normas sobre conflictos de leyes (art. 22) (148).

Las citas hechas, aun dada su limitación, parece que muestran ya que los legisladores han sentido la conveniencia de recurrir, en unas ocasiones, a la figura del orden público y también que, en otras, prescinden de utilizarle, total o parcialmente, y que lo uno como lo otro no crea perturbaciones apreciables en la aplicación del Derecho por los jueces. Ocurre así porque la figura del orden público viene a referirse a algo inmanente a la misma ordenación jurídica, por lo que su cita viene más que a permitir a facilitar el salir de los textos legales y dar flexibilidad a la interpretación de las normas, conforme a los principios generales del Derecho.

6. *Naturaleza y funciones del orden público.*

Después de tantos y denodados esfuerzos, siempre fallidos, sería demencial proponer en este ensayo una definición del orden público. En cambio parece factible y también útil aproximarse a esta figura para observar su naturaleza y las funciones para las que se le viene utilizando en la práctica.

a) *Cláusula general de la ley.*—Se ha venido destacando, como carácter propio del orden público, lo variable de su contenido, que cambia con los tiempos, con los lugares y con las circunstancias: indeterminación que es, parece, la que le ha hecho escapar a los continuos intentos para su definición. Mas esa falta de fijeza es también lo propio de las llamadas «cláusulas generales de las leyes» (149), preceptos en blanco («Blankettnormen»), artículos Reales («königliche Paragraphen»), válvulas («valvole») del ordenamiento; respecto del que ellas actúan como «órganos respiratorios del sistema positivo» (150). De estas cláusulas

damente la libertad de las personas o por los que explotando la necesidad o la inexperiencia de la otra parte se estipula o se recibe en provecho propio o de un tercero, a cambio de una prestación, beneficios patrimoniales que, según las circunstancias, están en desproporción con dicha prestación».

En el Código civil del Imperio de Etiopía (1960), redactado por René David, se pone como límite al libre ejercicio y a las ceremonias de las religiones, al orden público, a las buenas costumbres y a las leyes (art. 15), y también a los convenios por los que una persona restringe su libertad (art. 195).

(147) Leyes y sentencias de otro país, tanto como declaraciones de voluntad que ofendan la soberanía nacional, el orden público o las buenas costumbres.

(148) Como límite de la autonomía de la voluntad, se considera sólo a la ley (art. 398), señalándose como fuentes inmediatas del Derecho sólo la ley y las normas corporativas (art. 1.º, también art. 8.º, 2).

(149) Así las denomina HEDEMANN, en su siempre sugestiva monografía *Die Flucht in die Generalklauseln*. Ein Gefahr für Recht und Staat, Tübingen, 1933.

(150) FERRARA (senior), *Trattato di Diritto civile italiano*, Roma, 1921 (único volumen publicado, I, 1), pág. 65, recogiendo una frase de Polacco.

las son ejemplo, además del orden público, las buenas costumbres, la diligencia del buen padre de familia, la buena fe, el abuso del derecho y la equidad. Dichas normas legislativas indeterminadas no armonizan con el régimen del «*ius strictum*», se irán aceptando con la evolución del Derecho romano, en las figuras de la «*exceptio doli generalis*», «*bona fides*», las «*boni mores*» y en las referencias al «*ius publicum*». Tendencia acentuada en el Derecho común, por la necesidad de adaptar los textos romanos a la nueva concepción de la vida, enseñada en los libros de teología moral y por los canonistas. Más tarde, dicha clase de normas será vista con recelo o enemistad por la dirección humanista, por la Escuela de la exégesis, por algún que otro pandectista y hasta por aquellos mercantilistas partidarios de la omnipotencia de la autonomía de la voluntad. El movimiento codificador las acoge circunstancialmente, para dar flexibilidad al articulado seco y abstracto de los Códigos. Coincidiendo con la actual crisis de instituciones y doctrina, la reforma del título preliminar de nuestro Código civil, potencia el alcance de dichas cláusulas al dar carácter general a los criterios de buena fe (art. 7,1), abuso del derecho (art. 7.º, 2), ponderación de la equidad (art. 3.º, 2) y al ordenarse que se atienda a la realidad social del tiempo en que hayan de aplicarse las normas (art. 3.º, 1).

Dentro ya de las cláusulas generales de las leyes, el orden público ofrece especiales caracteres. No sólo por su novedad, sino por su falta de apoyo en la realidad social. Las figuras clásicas de la buena fe, de las buenas costumbres y de la diligencia del buen padre de familia, están referidas al querer y sentir del pueblo, a lo que dicta la conciencia del hombre normal y decente; los Tribunales tienen con ellas una guía suficiente para salvar las dificultades que pueda ofrecer su aplicación en el caso concreto. El orden público, figura creada por los juristas, desconectada del lenguaje y el pensar de las gentes, parece que responda a otro aspecto, al de atender al buen orden del sistema jurídico, al del debido ajuste entre las normas positivas y extrapositivas en el ordenamiento jurídico. Lo que podrá verse observando cómo y para qué funciona la cláusula del orden público, en los campos en que ella se aplica; en la esfera de los contratos, en la de la colisión de leyes en el espacio (Derecho internacional privado) y en el de la colisión de leyes en el tiempo (Derecho intertemporal o transitorio).

Los redactores del Código civil francés, se recordará, inventan la cláusula del orden público, para poner un límite a la autonomía, que el mismo Código reconoce y protege. En su concepción, no se trata de un enfrentamiento directo entre la voluntad de los particulares y «la voluntad general» del Estado, sino entre las leyes o normas del mismo Código. La ley es la que ordena que los contratos tengan fuerza de ley entre los contratantes (art. 1.134 del C. c. fr. art. 1.091 del C. c. esp.) y es así, como emanación de la ley, por lo que los contratos son tan sagrados como las mismas leyes (151). Admitida la regla legal o el principio «*pacta sunt servanda*», se entiende ser necesario establecer la su-

(151) Exposición de FAVART al Tribunado, *Code Civil suivi de l'exposé des Motifs*, París, 1820, VI, págs. 110-111 (disc. 60).

perioridad que sobre ella habrán de tener otras leyes, las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres (art. 6.º, C. c. fr., artículo 1.255 C. c. esp.).

Esta mayor fuerza de unas normas imperativas respecto de otras también imperativas, se manifiesta llamativamente en la regulación de la colisión de leyes en el tiempo y en el Derecho internacional privado. Fenómeno que nos explica de modo ejemplar Savigny; nos dice que ese mayor valor que tienen ciertas normas, y que hace que se apliquen con preferencia, en caso de colisión de leyes, se debe a «que ellas tienen sus raíces («ihre Wurzeln») fuera del puro campo jurídico y están en conexión («in Zusammenhang») con fundamentos y fines morales, políticos y económicos. Siendo resultado de la naturaleza de estas leyes, el que su poder y eficacia se haya de extender más que el de otras leyes» (152). Palabras con las que se describe bien la función de lo que después se llamará orden público.

En efecto, años después Foelix, en su tratado de Derecho Internacional privado, describe dicho fenómeno de modo parecido, aunque menos preciso; y Demangeat, que a la muerte de aquel lo publica en tercera edición, en una de sus notas, le califica de «ordre public» (153). Este término, a la manera francesa, se impone de modo general en la doctrina de Derecho internacional privado, por influjo de Mancini y la «Escuela italiana», consagrándose legislativamente en el artículo 11 de las «Disposiciones sobre publicación, interpretación y aplicación de las leyes en general» que preceden al Código civil italiano de 1865 y ello con tanta fuerza, que en la misma doctrina alemana llega a utilizarse dicho término al lado o con preferencia al suyo propio, de «cláusula de reserva» («Vorbehaltsklauseln»).

De este modo, el concepto de orden público alcanza valor de término técnico. Se emplea entonces para calificar, como de orden público, aquellas normas que alcanzan valor preferente respecto de otras, también imperativas del mismo ordenamiento, por los motivos que ya señalara Savigny (155). Su utilidad se le reconoce en los supuestos de colisión, para designar la limitación del precepto de los Códigos que otorga a los contratos valor de ley, la de las leyes que conceden eficacia interna a

(152) *System des heutigen römischen Rechts*, Berlín, 1840-1849, §§ 398 y 349; traducción de Mesia y Polev, Madrid, 1879, VI, págs. 429 v 144.

(153) *Tratado de Derecho Internacional privado o del conflicto de las leyes de diferentes naciones en materia de Derecho privado*, traducción de Revista general de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1858, § 15, pág. 21, nota 3.

(154) Comp., por ejemplo, NIEDERER, *Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrecht*, Zurich, 1954, págs. 284 y siguientes; KEGEL, *Internationales Privatrecht*, München und Berlin, 1960, págs. 166 y siguientes; VISCHER, *Internationales Privatrecht*, en *Schweizerisches Privatrecht*, Basel und Stuguart, 1969, pág. 531 y siguientes. Como rúbrica al § 30 de la Ley de introducción al Código civil alemán se pone: «Unanwendbares Auslandsrechts»; «ordre public».

(155) Citado en nota 152.

reglas extranjeras y también la de las normas que establecen la retroactividad de las leyes (156).

b) *Sentido pseudo-técnico del orden público.*—Junto al señalado significado técnico del orden público, ha de indicarse que también se le emplea y, a menudo, de modo innecesario o abusivo, como adjetivación retórica, para dar énfasis a alguna consecuencia implícita del carácter imperativo de una norma; por ejemplo, respecto de la nulidad de los actos contrarios a la ley, la irrenunciabilidad de los derechos o la aplicación de una norma «ex officio» por el Juez (157). Lo que no sólo sería superfluo, pues cada norma imperativa pudiera entonces ser calificada como de orden público, sino que además resulta perturbador, al olvidar el sentido técnico del término; el de destacar que una norma es de orden público, por su mayor valor respecto de otras también imperativas; sentido propio que fuera aquel con el que se le introdujo en la terminología jurídica (158).

Conviene, por tanto, dejar de lado dicho uso laxo del término y centrar la atención en el valor propio con el que se le ha empleado en los textos de los Códigos civiles. Ello permitirá, creo, precisar algo más la función que ha venido teniendo en el sistema jurídico.

(156) Aunque de modo menos general que en Derecho internacional privado, el término se emplea a menudo respecto de la colisión de leyes en el tiempo. Así, en el artículo 2.º del Título final del Código civil suizo, cuyo primer capítulo trata de la aplicación del Derecho antiguo y del nuevo Derecho. En la doctrina, por ejemplo, ROUBIER, *Les conflits de lois dans le temps (Théorie de la non retroactivité des lois)*, París, 1929, pág. 50, también *Traité de Droit civil de Ambrose Colin et Henri Capitant, refundu par Leon Julliot de la Morandiere*, París, 1953, I, § 254, págs. 161 y siguientes; BROGGINI, *Intemporales Privatrecht*, en *Schweizerisches Privatrecht*, Basel, 1969, págs. 405 y siguientes, 443 y siguientes.

(157) Así se ha hecho sobre derecho al nombre, estado civil, régimen familiar, citándose las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de junio 1916, 22 octubre 1891, 25 junio 1909, 2 diciembre 1915, 26 enero y 16 junio 1916, 24 junio 1931, mencionadas por BATLLE en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Revista de Derecho Privado), Madrid, 1978, págs. 109-110. Pueden citarse también algunas más recientes sentencias del Alto Tribunal, que dicen que: los preceptos sobre competencias son de orden público, al deber oírse antes de dictar sentencia al Ministerio Fiscal, S.T.S. 5 julio 1980; que la excepción de cosa juzgada debe estimarse como de orden público, S. 27 mayo 1980; que los requisitos «ad substantiam» del procedimiento sumario de la Ley Hipotecaria son expresión legal que refuerza el carácter de orden público y de cumplimiento estricto de las comunicaciones especiales ordenadas, S. 9 de abril 1980; que el Tribunal no habrá de tener otras ingerencias de oficio que la constreñida al aspecto de orden público que pueda afectar a las cuestiones, S. 20 febrero 1981; la exigencia del litis consorcio pasivo necesario es de «orden público procesal», S. 29 mayo 1981; entiende «exigencia de orden público» consignar el importe de las rentas debidas, para apelar, por lo que se estima de oficio su incumplimiento, S. 14 de junio 1981.

(158) Discretamente no se recurre al término de orden público para supuestos de superioridad de leyes, en las que no se aprecia colisión, por ejemplo, normas constitucionales, leyes orgánicas. En fin, no puede ocultarse que a menudo se recurre al término orden público como comodín para justificar con una etiqueta inexplicada un resultado ya prejuzgado, que no se explica o no se puede explicar.

La referencia al orden público ha supuesto, por sí misma, desde el momento en que naciera en el Código civil francés, abandonar la concepción del estricto legalismo y recurrir a criterios extrapositivos (159); lo que hizo pensar en los principios generales del Derecho y, con notable exageración, se habla a veces de aquellos principios fundamentales sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico del Estado y encarnan los intereses generales del Estado, que éste reconoce y tutela (160). Esta dirección doctrinal, muy generalizada, puede explicarse por el deseo de justificar y limitar el desorbitado alcance dado por los Tribunales al orden público, en materia de Derecho Internacional Privado (161). Más ella, no sólo se desvía del origen del concepto, sino que está desmentida constantemente por la práctica de los Tribunales nacionales (162) y por los convenios internacionales, en los que se ha previsto la aplicación del orden público en materias de interés de carácter puramente privado (163).

(159) Así, por ejemplo, MALAURIE, *Les contrats contraires a l'ordre public*, citado antes, pág. 119; FONTAINE en *Travaux de l'Association Henri Capitant*, cit., pág. 688; FARJAT, *Ordre public et bonnes moeurs*, cit., pág. 5 y 6.

(160) Así, DISTASO, *I contratti in generali*, I, *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* (Dirigido por Bigavi), Torino, 1966, pág. 517; también citados en notas 115 y siguientes.

(161) La dirección internacionalista verá en el orden público una excepción difícilmente explicable, contrario a la «comitas gentium», sólo justificable cuando la aplicación de la Ley extranjera amenazase los fundamentos constitucionales de los Estados. De otra parte, los autores reaccionan frente a los excesos nacionalistas, de aplicar la «lex fori» a toda ley nacional de carácter imperativo y tratan por ello de limitar el recurso al orden público.

(162) Así, se niega la aplicación de la ley extranjera, además de en cuestiones de Derecho de familia, matrimonio, filiación, divorcio, legitimación, adopción, en casos de prescripción, caducidad, adquisición de bienes por expropiación, etc., etc. Ha debido, por ello, de reconocerse paladinamente que el orden público interviene no sólo frente a leyes contrarias por sí mismas a los principios políticos y sociales de nuestra civilización; BATIFOL *Traité élémentaire de Droit international privé*, París, 1949, § 360, página. 380. Como este autor indica, se trata de la política jurídica del país, según la entienden los tribunales. El § 30 de la Ley de Introducción al Código civil alemán dispone que «se excluya la aplicación de una ley extranjera, cuando su aplicación chocaría contra las buenas costumbres o a la finalidad de una ley alemana». Sobre su significado, el estudio todavía fundamental del RAAPE en J. V. *Staudinger Kommentar*, 9.º ed., München, Berlin, Leipzig, 1931, págs. 166-173; esquemáticamente, KEGEL, *International Privatrecht*, München, Berlin, 1960, págs. 166-173. También CARRILLO en loc. cit. en nota 131, págs. 640 y siguientes.

(163) Lo que puede observarse en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: sobre Ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales (15 junio 1955) artículo 6, Ley aplicable a la transferencia de la propiedad en casos de venta de carácter internacional de objetos muebles corporales (15 abril 1958), artículo 7 sobre competencia del foro contractual en caso de venta de carácter contractual de objetos muebles corporales (15 abril 1958), artículo 5.º, número 4; concerniente al reconocimiento de la personalidad jurídica de sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras (1 junio 1956), artículo 8; sobre Ley aplicable a la obligación de alimentos con respecto a los hijos (24 octubre 1958), desde este convenio, se trata de restringir

Por todo ello, parece más prudente y adecuado a la realidad, entender que la referencia a las normas extrapositivas que encarna el orden público, no se refieren a los llamados principios generales del Derecho (art. 1.º, 4 CC), que son verdaderas fuentes independientes del Derecho, sino y especialmente en Derecho interno, a los principios o directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas, sea para atribuir primacía a una norma respecto de otra (164), sea de los que inspiren el sentido cambiante de cada institución dentro del movimiento de ideas rectoras del sistema jurídico (165). Estas ideas (las de lo justo, las de las buenas costumbres), son las que orientan la interpretación de las normas y las que funcionan como de orden público, cuando actúan de modo negativo, rechazando apoyo jurídico a un resultado que repugnaría al buen sentido de lo equitativo y decente.

c) *Conexión entre los conceptos de orden público y de buenas costumbres.*—También parece que, para apreciar debidamente el significado que adquiere el orden público en los Códigos, conviene fijarse en el notable hecho de que, desde el nacimiento del término en el Código francés, y después en los que le han seguido, se le encuentra unido, formando pareja con el de buenas costumbres (166). Lo que ha planteado las interrogantes: ¿en qué se diferencian estos conceptos? ¿por qué y para qué se les presentan unidos?

La primera cuestión se ha contestado muchas veces, viendo las buenas costumbres en relación con la moral (167), o a la moral sexual y las

el orden público diciendo «manifiestamente incompatible con el orden público», artículo 4; concerniente a la competencia de las autoridades v Ley aplicable en materia de protección de menores (5 octubre 1961), artículo 16; sobre conflictos de Leyes en materia de forma, de las disposiciones de los testamentos (5 octubre 1961), artículo 7; concerniente a la competencia de las autoridades, Ley aplicable v reconocimiento de decisiones en materia de adopción (15 noviembre 1965), sobre la administración internacional de las sucesiones (2 octubre 1973), artículo 17; concerniente al reconocimiento y ejecución de las decisiones relativas a las obligaciones de alimentos (2 octubre 1973), artículo 11; sobre la Ley aplicable a los regímenes matrimoniales, artículo 14; sobre la celebración y reconocimiento de la validez de los matrimonios, artículo 14; sobre la Ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación, artículo 17.

(164) FARJAT, *Ordre public et bonnes moeurs*, cit., pág. 3, dice que el que una regla sea de orden público significa que tiene más fuerza que otra, para lo que no se apoya en lo que dijera Savigny, sino en lo sugerido por Javot (Des nullités en matiere d'actes juridiques, Dijon, 1909, pág. 307).

(165) Comp. SIMONIUS, *Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung des Grundsatzes des Privatrechts in Hundert Jahre Schweizerisches Recht*, Basel, 1952, págs. 239 y siguientes.

(166) La excepción que se encuentra en el artículo 686 del C. c. francés y en su correspondiente, el 594 del español, es sólo aparente, aunque no se menciona en ellos a las buenas costumbres, se refiere también a éstas, por serlo respecto a todos los convenios, lo que incluye los constitutivos de servidumbres voluntarias.

(167) DORAT DES MONTS, *La cause immorale (Etude de jurisprudence)*, París, 1956, y allí citados, págs. 8 y siguientes; VON TUHR, *Der allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München u. Leipzig, 1918, II, 2.ª, página 22.

relaciones familiares (168); mientras el orden público se limita a los principios fundamentales del Derecho (169). Frente a este criterio restrictivo y analítico se han venido observando las coincidencias entre uno y otro concepto, su identidad sustancial y el ser como los dos lados de una medalla (170). Opinión ésta que parece confirmarse observando hechos como los siguientes: el Código general civil de Austria se refiere a las buenas costumbres y no al orden público (§ 87) y la Comisión rectora del Código civil alemán, decidió prescindir del término de orden público (§ 138,1), en razón de que el concepto de buenas costumbres incluye a lo que se entiende por orden público (171); también, aunque en dirección contraria, se ha sostenido que es innecesario mencionar las buenas costumbres al lado del orden público porque éste comprende aquéllas (172), y en efecto, no se suele citar a las buenas costumbres con el orden público en Derecho internacional privado (así en el artículo 12,3 C. c.), por entenderse evidente que, con citar el orden público internacional, se entiende referirse también a las buenas costumbres nacionales.

Mas también en otro sentido, han de señalarse datos que advierten sobre la conveniencia de referirse conjuntamente al orden público y a las buenas costumbres, como vienen haciendo la mayoría de los Códigos. Dicha ventaja fue la que hizo que en la nueva redacción del Derecho de obligaciones suizo se insertase la mención al orden público en lugar de la antigua en que se menciona sólo a las buenas costumbres (173). Además, ha de tenerse en cuenta, como significativas, las opiniones y dudas de los autores que, al comentar los Códigos austriaco y alemán, tratan de la conveniencia de referirse expresamente al orden público al lado de las buenas costumbres, para mayor claridad de los textos legales (174).

Los criterios señalados son contrarios entre sí sólo en apariencia; enfocan más bien aspectos parciales de la cuestión. Orden público y buenas costumbres son conceptos diferenciables, pero también insepa-

(168) Además de lo citado en nota 133, PANSÁ, *Buon costume e buona fede*. Napoli, 1973, pág. 191, piensa que a pesar de su «identidad sustancial» podría reservarse a las buenas costumbres ese ámbito especial de operatividad: relaciones familiares y sexuales.

(169) Citas en notas 115-117.

(170) En la reunión de Canadá de la asociación Henri Capitant, CHALLIES. *Travaux* antes citado. págs. 667, 668; РАУДОУИИ, *id.* pág. 741; FARIAT considera las buenas costumbres «orden público de combate», *L'ordre public économique*, París, 1963, pág. 28; PANSÁ, citado en nota 168.

(171) Citas en notas 132, 133.

(172) Citas en notas 142, 143.

(173) En el texto, sobre notas 137, 139.

(174) EHRENZWEIG, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II*, 1. *Das Recht der Schuldverhältnisse*, Wien, 1928, § 301, pág. 49; ENNECERUS, NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 14 ed., 1955, § 191, página 821, nota 6; FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II. *Das Rechtsgeschäft*, Berlín, Heidelberg, New York, 1965, § 18,1, págs. 365-367; LARENZ, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 1967, § 28, III, pág. 429; ESSER, *Schmidt, Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, I, Heidelberg, Karlsruhe, 1976, pág. 86; DILCHER, en J. von STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 12 ed., Berlín, 1980 (com. al § 138), § 9.

rables. Coinciden en lo esencial, aunque se les mire desde distinta perspectiva. Ambos conceptos han sido utilizados como medios imprescindibles para delimitar la esfera de la autonomía de la voluntad. La función del Derecho, respecto de ésta, es peculiar. No manda o impone; se confía a los contratantes elaborar su propia ley; el Estado, al darle valor de Ley privada y otorgarle la fuerza obligatoria entre los contratantes, se obliga por su parte a hacer cumplir lo convenido, poniendo para ello a disposición de cada parte el aparato coactivo de la Administración de Justicia. Mientras no se le pide la colaboración de ésta, el Estado puede permanecer indiferente al hacer o no hacer de las contratantes (175); pero cuando se le exige que imponga a una parte el hacer algo que resulte inmoral o injusto, que repugne a la conciencia de cualquier persona decente y justa habría de abstenerse y no colaborar, declarando la nulidad de lo convenido. Otra cosa sería contrario a la función del Estado de custodio de la Justicia. Aquí puede verse el punto de coincidencia y también lo diferente de los conceptos de buenas costumbres y el orden público; choca al sentido ético colaborar con lo injusto y colaborar con lo inmoral hieren el sentimiento de justicia (176).

Estas consideraciones explican que en el Código francés (art. 1.133) y en los que le han seguido, se pensase ser necesario referirse al orden público y también a las buenas costumbres en el meollo mismo de la regulación del contrato, retirando la protección jurídica (sin ningún efecto, dice el art. 1.131 C. c. fr.) a los convenios contrarios a las buenas costumbres o con causa ilícita. Nuestro Código civil se aparta en su redacción de sus modelos; dice que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente y limita la autonomía de su voluntad, agregando que ello será «siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público» (art. 1.255) y añade, en otro artículo, que la causa es ilícita cuando se opone a las leyes o a la moral (art. 1.275). De este modo se han comprendido los supuestos ennumerados en otros Códigos (177).

(175) Excepto casos de infracción penal o administrativa.

(176) En la doctrina alemana al comentar el § 138 BGB se entiende ser en general contra las buenas costumbres lo que choca el sentido de decencia («Anstandgefühl») de toda persona que piense razonable y justamente y se dice ser ello también lo que choca al sentido de justicia («Gerechtigkeitgefühl») de esas mismas personas. MAYER-MALY. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. I. *Allgemeiner Teil*, München, 1978, página 831, § 15.

(177) El artículo 1.255 es omnicompreensivo y cita especialmente las condiciones. No se menciona el objeto ilícito, en los artículos relativos al objeto de los contratos (arts. 1.271-1.273), pero el artículo 1.305 se refiere a la nulidad que provenga de ser ilícito el objeto del contrato. Dicho artículo 1.255 se califica de «nuevo» en acotación al art. 1.268 del Proyecto de 1888 (PEÑA, *El anteproyecto del Código civil español*, Madrid, 1965, pág. 396).

El legislador, en los artículos 1.255 y 1.275, separándose de sus antecedentes (art. 998 del Proyecto de 1851 y artículo 1.133 C. c. francés), emplea el término «moral» en lugar de «buenas costumbres», lo que es más extraño,

Las referencias hechas en los Códigos al orden público, a las buenas costumbres o a la moral tienen una importancia central en los ordenamientos jurídicos; sirven de medio de comunicación entre el sistema jurídico positivo y los valores éticos y de justicia (el buen orden jurídico), facilitando su positivación, al mencionarse en la Ley (178). El intérprete y el juez se encuentran con ello expresamente autorizados para desentenderse de la letra de la ley y, considerando el todo del ordenamiento jurídico (leyes, principios generales del Derecho) y la misma naturaleza del Derecho; negar amparo a situaciones contrarias a los criterios propios de la moral o de la justicia.

d) *El orden público, instrumento de la evolución de la autonomía de la voluntad.*

La autorización en blanco a la doctrina, que implican, ya sea la remisión a las buenas costumbres y al orden público, a la moral, a las buenas costumbres («Guten Sitten») (179) o al orden público («public policy») (180), ha servido de cobertura del haberse entregado a la prudencia de los juristas la delimitación del ámbito de la autonomía de la voluntad, amparado jurídicamente; lo que por ello, de modo abierto o recatadamente, habrán de tenerse en cuenta los principios o directivas que impongan, requieran o convengan a las variables realidades sociales, económicas y políticas; en relación con la sensibilidad dominante en la sociedad sobre lo que es justo y decente. De este modo, sin que se cambie una tilde del texto de las leyes, se producen

ya que menciona las buenas costumbres repetidamente (arts. 792, 1.116, 1.271 y 1.316) en supuestos análogos. Diferencias que no parece se hicieran con propósito de darles trascendencia jurídica.

(178) ESSER señala, además, que el principio del orden público interno y el de la «res licita» vale con independencia de que se haya acuñado como norma o que en su caso se le haya codificado, *Grundsatz und Norm, in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956, pág. 227. Ello es cierto. Mas no ha de desconocerse la importancia de su mención en la ley. Con ella se ofrece un firme apoyo a quienes interpretan o aplican el Derecho, para tener en cuenta los valores éticos y de justicia sin dejar de ser fieles al mandato legislativo. Del mismo modo que la cita de los principios generales del Derecho entre las fuentes jurídicas es oportuna como apertura del régimen legalista.

(179) Comp. notas 132, 174, 176.

(180) Sobre esta figura, puede verse, por ejemplo, FRIEDMAN, *Legal Theory*, 5.ª ed., London, 1967, pág. 479 y siguientes; quien dice que «public policy» es «otro nombre para los principios fundamentales, éticos, políticos y sociales que guían la evolución social en un momento dado, sea en la legislación o en la administración de justicia», pág. 479; sobre la distinción de «public policy» y orden público, pág. 489, nota 8; SALMOND, WILLIAMS, *Law of contracts*, 2.ª ed., London, 1945, págs. 366 y siguientes; CHESHIRE, FIFOOT, *The law of contracts*, 5.ª ed., London, 1945, págs. 221 y siguientes; ANSON'S, *Law of contract*, 25 ed., by GUEST, Oxford, 1979, págs. 347 y siguientes.

alteraciones profundas sobre el valor y alcance del principio de la autonomía de la voluntad y consecuentemente de su aplicación en la práctica.

Este fenómeno puede advertirse, creo, en todos los Derechos europeos, aunque con matices y características propias, según países y momentos. No obstante sus particularidades, pueden notarse ciertas líneas generales y comunes en la concepción y en la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad.

El sistema abierto del Derecho común será abandonado con el triunfo del movimiento codificador, que impone la primacía de la Ley como fuente del Derecho. En el Código civil francés se consigna el principio de la autonomía de la voluntad, otorgando a los contratos valor de ley, en cuanto fueran legalmente formados (art. 1.134). La Ley se autolimita, amparando la libertad de ratos y contratos; lo que se entiende conforme a la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1791; considerando válido todo convenio, mientras no esté expresamente prohibido (181). La escuela de la exégesis acentúa dicha primacía del principio de autonomía de voluntad, no admitiendo otro límite que el expresado claramente en una ley imperativa («pas de nullité sans loi»). De modo que el principio de la autonomía de la voluntad, justificado por el respeto a la libertad individual y a la justicia conmutativa (182) cambia su sentido adquiriendo la condición de dogma, hasta con cierta justificación inmanente «qui dit contractuel dit juste» (183).

Esta dirección de la doctrina (184) armoniza con los intereses de comerciantes, industriales y financieros que, en la época de la revolución industrial requieren acuciosamente la seguridad jurídica y la

(181) Su art. 5.º dice: «la ley no tiene derecho a prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede impedirse y nadie puede estar obligado a hacer lo que aquélla no ordena». La referencia a las buenas costumbres y al orden público contenido en el artículo 6.º del Código civil francés se entenderá que no implicaba salirse del círculo de la Ley, pues se refiere a «leyes que interesan al orden público, a las buenas costumbres».

(182) Sobre la autonomía de la voluntad, lo ya dicho en otros estudios; están citados en *El arbitraje y la nueva lex mercatoria*, en este ANUARIO, XXXIV, IV (1979, oct.-dic.), pág. 679, nota 206, y allí también págs. 679-681.

(183) Frase (de Fouillé, *La science sociale contemporaine*, 1880, página 410) constantemente citada. En Alemania se utiliza y discute también la doctrina de Schmidt-Rimpler, *Grundfragen eines Erneuerung des Vertragsrechts*, en *Arch. civ. Pr.* 147 (1941), págs. 130 y siguientes, que basa la justicia intrínseca del contrato en ser un compromiso («Ausgleich») entre intereses encontrados y en que se trata de un compromiso con carácter definitivo; sobre ello, FLUME, loc. cit., págs. 7 y sig.; ESSER, SCHMIDT, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*. Teilband, I, Heidelberg, Karlsruhe, 1976, págs. 85 y sig.; REISER, *Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit*, en *Hundert Jahre deutsche Rechtsleben*, Karlsruhe, 1960, I, p. 117-118.; BYDLINSKY, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des Verpflichtenden Rechtsgeschäftes*, Wien, New York, 1962, págs. 62 y sig.

(184) La concepción positivista del Derecho, entonces imperante, hizo olvidar el sentido dado al artículo 4.º, por los redactores del Código civil francés; comp. nota 109.

intangibilidad de los contratos (185). Los criterios de las buenas costumbres, del orden público y de la moral, como limitaciones de la autonomía de la voluntad, se utilizarán de modo que no se toque a la esfera de aquellos intereses económicos, considerando ilícitos o con causa ilícita sólo ciertos contratos, los que se refieran a la familia o a las relaciones sexuales extramatrimoniales.

Este modo de entender las relaciones contractuales desde el punto de vista de la ideología liberal, que se plasma en lo que se ha llamado mercantilización del Derecho civil, se quiebra por unos momentos en Europa por el triunfo de los movimientos totalitarios, que condenan aquella ideología y desconocen la libertad del mercado. En Alemania se busca un nuevo enfoque del contrato, de acuerdo con los lemas del nazismo: «tú eres nadie, el pueblo es todo», «el bien público va antes que el bien privado» (186); lo que se traduce allí en dura crítica de la autonomía de la voluntad (187). En la Italia del fascismo la reacción contraria a la concepción tradicional sobre la autonomía de la voluntad fue moderada y más en apariencia que de fondo, lo que ha permitido que el nuevo régimen republicano haya mantenido en vigor el Código civil de 1942; aunque conservando el criterio de que los contratos para ser eficaces han de merecer la protección del Estado (188).

Concluida la segunda guerra mundial con la derrota de los regímenes totalitarios de Occidente, se cierra también la correspondiente

(185) En Inglaterra se considera ejemplar el dicho de Jessel M. R. (1875): «si hay alguna cosa que requiera el orden público (public policy) más que otra cualquiera, es que se tenga la mayor libertad al contratar, y que sus contratos, cuando se hayan concluido libre y voluntariamente, se tengan por sagrados y se les dé eficacia por los Tribunales de justicia», HOLLAND, *Elements of Jurisprudence*, 8.ª ed., Oxford, 1896, p. 243. La «paramount policy» se considera entonces (avanzado el siglo XIX) la de no interferir con la libertad de contratar, ANSÓN, loc. cit., pág. 347.

Criterio éste paralelo al de la doctrina que reduce el campo del Derecho privado al de la autonomía de la voluntad, a lo dejado a la libre voluntad de los particulares, citas en *Derecho Civil de España*, Madrid, 1955, páginas 43-44.

(186) LANGE, *Vom alten zum neuen Schuldrecht*, Hamburg, 1934, págs. 34, 68 y todo en general.

(187) La que con natural prudencia y reserva, dado el momento, defiende entonces MANICK, *Die Privatautonomie in Aufbau der Rechtsquellen*, Berlín, 1935; recoge allí la bibliografía sobre la doctrina influida por la ideología nazi.

(188) El régimen republicano supuso la derogación tácita de lo referente a la organización corporativa, artículos 5.º-7.º de las Disposiciones sobre las leyes en general y artículo 2.060 y sig., del Código); MESSINEO, *Manuale di Diritto civile e commerciale*, 8.ª ed., Milano, 1952, I, pág. 73; ROTONDI, *Istituzioni di Diritto privato*, Milano, 1962, pág. 63.

El Código de 1942 conserva la particularidad de la «meritavolezza»; los contratantes pueden concluir contratos conforme a los tipos establecidos por la ley, en otro caso también podrán hacerlo «con tal que estén dirigidos a realizar intereses merecedores («meritevoli») de protección según el ordenamiento jurídico» (art. 1.322). No debe olvidarse la observación de Ascarelli, que gustaba decir que en los regímenes totalitarios se establecían «reservas de caza» para los empresarios favorecidos.

crisis de la doctrina jurídica. Vuelve a levantar cabeza la dirección mercantilista, favorecida por las circunstancias, por el paso de una «sociedad en cambio» a una «sociedad de consumo». El cliente ha perdido su antiguo y natural señorío y nace lo que se llamará imperialismo del empresario (189). No sólo el de las grandes empresas, nacionales o multinacionales, sino el de cualquier pequeño empresario que impone o pretende imponer sus condiciones al consumidor. El tradicional contrato bilateral se convierte en dictado (contrato de adhesión) y las empresas crean sus leyes en formularios, avisos y condiciones generales. Situación a la que parte de la doctrina mercantilista procurará justificar con la ingeniosa invención de la «nueva lex mercatoria» (190).

Los resultados tan escandalosos como injustos, en que se manifiesta la permitida prepotencia del empresariado, bien visibles en las cláusulas de exoneración de sus responsabilidades, levanta una creciente reacción de la doctrina (191). Los juristas, jueces y autores, atendiendo a la misma naturaleza del Derecho, sienten desasosiego y repugnancia al ver que las normas se interpretan y aplican de modo que amparan resultados patentemente injustos. Uno de los medios para escapar de los más llamativos de tales resultados será acudir a los conceptos de las buenas costumbres y del orden público (192). Su utilización vendrá a facilitar un nuevo enfoque a la delimitación de la esfera propia de la autonomía de la voluntad.

e) *El orden público y los convenios restrictivos de la competencia.* Manifestación importante, aunque curiosamente olvidada, de la valoración de las prácticas restrictivas de la competencia, nos ofrecen algunas sentencias del Tribunal Supremo. En ellas puede observarse cómo se utiliza el concepto del orden público, y esto para justificar resultados opuestos, conforme a las diferentes concepciones económico-sociales dominantes en cada momento.

La sentencia de 15 de enero de 1894 hubo de encararse con el caso siguiente; hubo de constituirse la Unión Industrial, S. A., formada en Madrid por los almacenistas de papel pintado, que tenía «por obieto favorecer los intereses del gremio, evitando los efectos producidos por ruinosas competencias», y uno de los socios fundadores, no pasado todavía un año de su constitución, pretende separarse de la Sociedad; ésta se opone y le demanda para que cumpla las obliga-

(189) Quien se enfrenta a su vez con otras aspiraciones imperialistas, las de los Sindicatos y el Estado.

(190) Sobre ello, lo ya dicho en *El arbitraje y la nueva «lex mercatoria»*, A.D.C. XXXII-IV (octubre-diciembre 1979), especialmente págs. 660 y siguientes.

(191) También sobre esto, *El arbitraje y la nueva «lex mercatoria»*, páginas 667 y sig.

(192) Se nos dice: «La protección de los contratantes da una nueva concepción del orden público», RIPERT, BOULANGER, loc. cit., § 581, pág. 260. Comp. lo señalado sobre nota 253.

ciones sociales asumidas (193). El socio disidente alega en contra la excepción perentoria de nulidad de la sociedad; la que será declarada procedente por la Audiencia, conforme a la sentencia del inferior. El Tribunal Supremo sentencia no haber lugar al recurso, considerando que: «es requisito esencial de todo contrato sea mercantil, o puramente civil, que recaiga sobre objeto lícito no contrario a las leyes, a la moral o al orden público», y que los pactos reservados contenidos en el Reglamento por el que se rige la Unión Industrial revelan su verdadero objeto y los medios para realizarlo: «con tendencia uno y otros de alterar el precio de las cosas, coartando la libertad de la contratación y del trabajo, regulando sus condiciones, bajo cuyas bases no es lícito establecer vínculo alguno eficaz de Derecho» (194).

El Tribunal Supremo, aunque sin decirlo, sigue aquí la doctrina tradicional, que condenaba los monopolios (195) y lo hace basándose en el orden público; al que considera es contrario; por tratarse de alterar el precio de las cosas y coartar la libertad de contratar (196).

Dicha doctrina se abandona en la importante, prolija y razonada sentencia de 25 de abril de 1925. La cuestión era la de la licitud de la Asociación de Salineros de España, constituida para evitar la competencia entre las empresas salineras y fijar precios de venta, los que podrían aumentarse por cada empresario, pero no reducirlos; Asociación a la que un socio acusa de nula por ser ilícita. El Tribunal Supremo se aparta ahora deliberadamente de la doctrina de la sentencia de 15 de enero de 1894, la «que consideró pacto ilícito coartar la libertad de contratación y del trabajo»: estimando que, aunque hubiera varias sentencias en dicho sentido, no podrían respetarse, dada la evolución de las ideas en esta materia (197). Las nuevas ideas en

(193) En primer lugar, la de que se cumpla la cláusula de la escritura constitutiva que disponía se llevasen las cuestiones surgidas con la sociedad al juicio de amigables componedores.

(194) Se observará que no se menciona por el Tribunal Supremo, la alegación de la Sociedad de que se cumpla la cláusula compromisaria. Se rechaza tácitamente; pues la nulidad del contrato constitutivo suponía la de la cláusula compromisaria.

(195) Sobre lo que puede verse lo antes dicho, texto y notas 65-67.

(196) La sentencia, con el laconismo propio de la época, no cita el artículo del Código civil en que se apoya; la mención del orden público hace pensar en que se refiere al 1.255 y no al 1.271 ni al 1.275; parece también que la Sociedad se considera ser más contraria al orden público que a las leyes de la moral.

(197) Se dice: «una sola sentencia no forma jurisprudencia y aunque hubieran sido varias, siempre que fueran del siglo anterior, no podrían respetarse en el presente, porque la jurisprudencia del Tribunal no es estática, tiene que ser dinámica, como las mismas leyes que teniendo carácter permanente en sus derechos, son variables en su evolución progresiva, al tener en cuenta las nuevas necesidades y las realidades de la vida, y por ello, el precedente sentado por este Tribunal en sentencia de 15 de enero 1894 carece hoy de fuerza jurídica, porque el legislador, inspirándose en la evolución de las ideas en esta materia, ha dictado disposiciones legislativas posteriores, de carácter regulador de los conflictos sociales» (considerando 7.º). La única de ellas que antes ha citado es la Ley de Huelgas; la

que se inspira este sentencia son las del mercantilismo liberal. Para ella las Asociaciones constituidas por convenio «tienen que considerarse como lícitas en su objeto, en sus fines y en las mutuas convenciones entre los socios», siempre que las autoridades gubernativas no hayan rechazado sus estatutos, al ser presentados en los Gobiernos Civiles (198). Los acuerdos entre empresarios «para obtener para sus productos un precio remunerador», se presumen ventajosos para la economía nacional, pues con ellos se puede «atender no sólo a la debida mejoría de los salarios, sino además para sostener la bondad de los productos y evitar que una competencia, acaso desleal o ilegítima produzca desequilibrios que, aunque a primera vista parezcan favorables al consumidor, en definitiva arruinan al productor y a las industrias nacionales» (199).

La anterior doctrina, adecuada a la situación económico-social del incipiente desarrollo industrial, cambia cuando frente a ciertos escandalosos excesos surgen los movimientos antimonopolistas y pronto se va abriendo paso la idea de la protección al consumidor, la que al fin en España se manifiesta en la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia.

En este ya modificado ambiente se plantea el pleito sobre la validez del convenio por el que se creó la Asociación de Agentes Mayoristas de Vizcaya para la venta de aceites minerales y otros productos petrolíferos. Se origina cuando uno de los asociados, como en los casos antes referidos (200), pretende separarse de la Asociación (200 bis). Esta se opone y le demanda ante el Juzgado de Bilbao (abril 1974), para que se le obligue a que siga cumpliendo las obligaciones asumidas; el demandado alega en su defensa la nulidad de la Asociación por haberse constituido con el objeto de restringir la competencia.

Poco después el mismo demandado denuncia a la Asociación ante el Servicio de Defensa de la Competencia, por estar realizando prácticas restrictivas de la competencia. Entre tanto, se ha seguido el pleito ante el Juzgado número uno de Primera Instancia de Bilbao, el que declara la validez del contrato constitutivo de la Asociación (201), de esta sentencia se apela ante la Audiencia de Pamplona. Poco después la Sección Primera del Tribunal de Defensa de la Competencia declara

que comenta diciendo: «lo que se permite al obrero para impedir la competencia entre ellos, hay que conceder a los productores para obtener para sus productos un precio remunerador» (considerando 6.º).

(198) Considerando primero.

(199) Considerando sexto; también el tercero, en el mismo sentido.

(200) Curiosamente ninguna de las dos sentencias antes citadas se menciona en este nuevo pleito.

(200 bis) Se habla aquí siempre de la Asociación, por brevedad, aunque ella carece de personalidad jurídica, al no haberse constituido con las debidas formalidades; la demanda se formula conjuntamente por 26 asociados y por la misma Asociación.

(201) Cuya sentencia declara también no haber lugar a la demanda, por ser nula la adhesión del demandado a la Asociación al haberse producido aquella bajo coacción.

que existe alguna práctica prohibida (202); se recurre de esta sentencia por ambas partes; el Pleno del Tribunal, en 22 de junio de 1977, desestima el recurso de súplica interpuesto por la Asociación y accede al del asociado, con el resultado de ampliar la sentencia recurrida, declarando existir otras prácticas prohibidas y la anulación de los pactos estatutarios que las establecen; estimando además el Tribunal que, en cambio, no procede declarar la nulidad de otros pactos, «por entender que su redacción se refiere esencialmente al gobierno de la propia entidad y ampara otros derechos civiles y mercantiles de los agentes integrados en aquélla (Asociación), que deben ser respetados» (203).

El pleito, entre tanto, ha seguido su curso ante la Audiencia Territorial de Pamplona, la que revocando la sentencia de primera instancia desestima la demanda y estimando en parte la reconvencción declara la nulidad radical del contrato por el que se constituye la Asociación (204); la que fundamenta su fallo en «lo preceptuado en el fundamental artículo 1.255 del Código civil» y en la existencia de causa ilícita (art. 1.275 C. c.), en cuanto se opone a la Ley y al orden público. Contra esta sentencia interponen recursos de casación ambas partes contendientes.

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 diciembre 1979, que rechaza ambos recursos, tiene capital importancia. El hecho básico para el juzgador es el de la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, en virtud del convenio que crea la Asociación. El Tribunal de Instancia se basa en los pronunciamientos de las tres sentencias antes citadas del Tribunal de Defensa de la Competencia y se menciona el artículo 10 de la Ley de Represión de las prácticas restrictivas de la competencia, conforme al que las resoluciones de dicho Tribunal tienen valor de «presunción legal de certeza». El Tribunal Supremo no recibe a ojos cerrados lo resuelto por el Tribunal de la Competencia, sino que atiende al expresado criterio de la Audiencia Territorial de Pamplona; «propio criterio formado después de una ajustada ponderación de los elementos probatorios incorporados a los autos»; añadiendo, para rechazar el correspondiente motivo de casación, «que el juicio lógico del Tribunal "a quo" no ha sido combatido por el cauce idóneo al hipotético error de Derecho o fáctico en la apreciación probatoria» (considerando 4). ¿Significan estos dichos que la Sala de lo civil del Tribunal Supremo ha pensado que la sentencia del Tribunal de Defensa de la Competencia no es vinculante? ¿Que puede ser desconocida por el Tribunal de instancia? ¿Que la sentencia de éste, que la haya considerado como presunción legal inata-

(202) En 13 abril 1977. Se refiere a la de reducir a la provincia de Vizcaya el área de mercado de los mayoristas asociados.

(203) Considerando décimo. Todavía la Asociación plantea un recurso de reposición previo al contencioso administrativo, alegando la incompetencia del Tribunal y desviación de poder; el que fue desestimado por el Pleno del Tribunal de la Competencia, en 22 de septiembre de 1977.

(204) Sentencia con fecha de 20 febrero 1978.

cable, pueda ser recurrida con éxito en casación, invocando el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil? La Audiencia de Pamplona pudo y debió limitarse a dar el debido cumplimiento al citado artículo 1.º de la Ley de 2 de julio de 1963 (205).

La fundamentación en Derecho de la sentencia comentada es múltiple y de resultados discutibles. Avala la sentencia del inferior en las siguientes razones: Vulnerar el contrato las disposiciones imperativas de la legislación antimonopolista (considerando 2). La limitación que sufre la libertad contractual por el orden público; entendiéndolo por orden público el definido por la sentencia del Tribunal de 5 de abril de 1966 (206), aunque enseguida, citando el artículo 1.º, 3 del Código civil, se dice ser posible «construir un esquema de orden público llevado a la esfera de la economía» (considerando 3), es decir, el mencionado en el artículo 1.º de la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia. La ilicitud de causa o de objeto, por ser el propósito negocial contrario a la ley (considerando 2), lo que lleva consigo la aplicación de los artículos 1.275 y 1.306 del Código civil (considerando 6 y 7) (206 bis).

En los considerandos de la sentencia juega un papel decisivo la arbitraria ampliación del concepto de orden público del artículo 1.255 del Código civil, hasta hacer que comprenda al orden público económico, con el resultado de concluir que cualquier convenio con objeto de restringir la competencia habrá de ser considerado contrario al orden público, y también de tener causa ilícita (art. 1.275) o torpe (art. 1.306). Lo que no concuerda con la reglamentación establecida por la Ley sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia. Conforme a ella la consideración de que una práctica restrictiva de la competencia sea contraria al orden público depende de la actuación de dos órganos administrativos, el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia, los que habrán de decidir por criterios de técnica económica; a uno y a otro, en sus respectivos grados, se las confiere la competencia «privativa» de declarar si existe o no existe una práctica restrictiva de la competencia y de si ésta tiene en su caso condición de exceptuable o no exceptuable (207). El orden público del artículo 1.255 tiene otro sentido y no cabe que dependa del arbitrio de órganos administrativos la declaración del alcance de la declaración de nulidad de un contrato o la de ser opuesto a la moral (208).

(205) Comp. lo dicho sobre notas 49-50.

(206) Referida en nota 117 bis.

(206 bis) Se utiliza este argumento para justificar la declaración de la nulidad radical; frente a la alegación de litis consorcio, activo necesario por no estar entre los demandantes uno de los asociados.

(207) La Ley pretende que se solicite previamente inscripción de las prácticas exceptuables y que las autorice el Tribunal (art. 16); pero aunque fuera denunciada la práctica, sin que ésta hubiera sido inscrita, puede ser declarada exceptuable; sin otra sanción que la de la posible multa (art. 17).

(208) Comp. lo dicho antes en II, 4, a) y b).

El desenfoque de la cuestión por la Audiencia Territorial de Pamplona, no rectificado por el Tribunal Supremo, ha llevado a resultados que resultan indeseables, que habían sido evitados en las Sentencias del Tribunal de Defensa de la Competencia y en la del Juzgado de Bilbao. Aquéllas se limitan a declarar nulos los pactos que resultaban en restricciones de la competencia, pero no los que se refieren a la existencia y gobierno de la Asociación. El Juzgado de Bilbao deja de lado la cuestión, atendiendo a que había sufrido coacción el socio disidente. La Audiencia y el Tribunal Supremo, por el contrario, han considerado que el convenio creando la Asociación tiene un objeto o causa ilícita (209), lo declaran nulo «in toto» y aplicándole lo dispuesto en los artículos 1.275 y 1.306, se llega al resultado aquí especialmente injusto (210), de absolver la Asociación de la obligación de abonar al socio disidente la cantidad resultante de la liquidación de su cuota de participación en la Asociación, es decir, de lo aportado por él al acervo común y de lo que había ido obteniendo con sus propias ventas de minerales; de modo que con ello se enriquecía injustamente la Asociación o los socios de ésta, a costa de quien había sido presionado a ingresar en la Asociación.

Abandonado el criterio del Juzgado de Bilbao, la Audiencia de Pamplona y el Tribunal Supremo hubieran podido, sin inconveniente, limitarse a cumplir lo mandado por el artículo décimo de la Ley sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia, admitiendo como presunción legal la certeza, sin posibilidad de prueba en contrario, lo declarado por el Tribunal de Defensa de la Competencia y conforme al artículo primero de dicha ley declarar nulos los pactos en que las restricciones se establecían; cumpliendo así lo ordenado en el artículo sexto, tres, del Código civil, de atender a la especialidad del caso, con lo que se habría soslayado la aplicación del artículo 1.306 del Código civil.

La sentencia de 15 de enero de 1894 hubo de seguir otro camino para condenar las prácticas monopolistas. No se ocupa de considerar la práctica contra la competencia desde el punto de vista de las autoridades administrativas sobre la ordenación económica, sino que directamente declara ilícito el pacto o convenio que tiene por finalidad alterar el precio de las cosas. Doctrina que merecía haber sido mantenida, conforme al concepto de orden público tradicional de la época y que hoy vuelve a ser actual, ya que como en el Derecho tradicional se considera ilícito y contrario al orden público el pacto

(209) TORRALBA había incluido en su estudio sobre la causa ilícita a las sentencias, antes citadas, de 15 enero 1894 y 21 abril 1925, por tener como causas prácticas restrictivas de la competencia: *Causa ilícita: Exposición sistemática de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en este ANUARIO, XIX-III (julio-septiembre 1966), págs. 683-685.

(210) Lo que para evitarlo parece hubo de pensar el Juez de Bilbao, al considerar que el socio demandado se había adherido o incorporado a la Asociación por la intimidación sufrida.

que resulte y en cuanto resulte en daño de los pobres, o en términos modernos en cuanto sea en perjuicio de los consumidores (211).

7. El orden público económico

El término y el concepto de orden público económico aparecen por primera vez en la legislación española con la Ley sobre Represión

(211) Unas palabras todavía sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1979. Su decisión está en general predeterminada por la sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona. Al estimar ésta que el convenio creando la Asociación tenía una causa ilícita, resultaba difícil evitar la aplicación al caso del artículo 1.306, regla primera del Código civil. Esta desgraciada regla, tan difundida en Códigos y jurisprudencia, lleva en muchas ocasiones a resultados prácticos desconcertantes (comp., por ejemplo, lo señalado en el *Negocio Jurídico*, Madrid, 1967, páginas 250 y sig.).

MALAUURIE, *Les contrats contraires á l'ordre public (Etude de Droit comparé: France, Anglaterre, URSS)* Reims, 1953, págs. 211 y sig.; en nota 5.^a enumera los autores de la doctrina francesa que opinan contra la regla «nemo auditor»; DORAT DES MONTS, *La cause inmorale (Etude de jurisprudence)*, París, 1956, págs. 115 y sig.; FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, Berlín, Heidelberg, New York, 1965, págs. 391 y sig. NIEDELÄNDER, *Nemo turpitudinem suam allegans auditor, Ein Rechtsvergleichendes Versuch*, en «*Jus et Lex*», en honor de M. Gutzwiller, Basel, 1959, págs. 621-638; PANSÀ, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973, referencia bibliográfica en pág. 287, notas 26 y 27, jurisprudencia francesa, pág. 290, nota 32, y suiza, pág. 314, nota 80. La regla, aunque justificada en ciertos casos y que debiera ser excepcional (limitada al supuesto del pago a la meretriz), se ha extendido injustificadamente, hasta convertirla en general. Por ello, los Tribunales han tratado muchas veces, de evitar las consecuencias más contrarias a la equidad y al buen sentido. Así se admite en ocasiones que si bien no se puede repetir simplemente lo entregado en un contrato con causa ilícita, se puede reclamar en virtud de otro título jurídico; así, por ejemplo, se entiende que se puede reivindicar el inmueble que se arrendara para casa de tolerancia. Por semejante razón se podría justificar que en el pleito de la Asociación de Agentes mayoristas, se diera lugar a la reclamación del Agente disidente, para que se le devuelva lo que había aportado al fondo de maniobra de la Asociación. Otros motivos para acceder a la repetición de lo entregado por causa ilícita, se han utilizado en la práctica inglesa (véase, por ejemplo, *Principles of the Law of Contracts*, por el fallecido SALMOND y por WILLIAMS, London, 1945, § 125, págs. 346 y sig.; *The Law of contracts*, por CHESHIRE y FIFOOT, London, 1945, págs. 247 y sig. La regla «in pari causa turpitudinem cessat repetitio», supone la paridad de culpa en ambos contratantes; la que no existe cuando una de las partes ejercita sobre la otra alguna forma de opresión, influencia indebida o alguna forma de abuso de poder y también cuando uno de los contratantes aparece como la víctima del otro. En el caso de S.T.S. 31 diciembre 1979, si bien no se daban los requisitos estrictos de la intimidación, conforme al artículo 1.287 del Código, de los hechos reconocidos resulta que el Agente disidente ingresó en la Asociación sólo por la indebida presión de la Asociación. También se hubiera podido tener en cuenta lo conveniente de dejar un «locus penitentiae» para cada uno de los contratantes; el arrepentido, aquí el Agente disidente (al apartarse de la Asociación ilícita) no parece justo que resulte ser el castigado dejando sus lícitas ganancias en favor de la Asociación o de los otros Agentes, de aquéllos que pretendían mantener la situación ilícita.

de las Prácticas Restrictivas de la Competencia o mejor dicho, en la Exposición de Motivos de esta ley. En ella se trata del orden público económico, para explicar o justificar la sanción de nulidad impuesta por dicha ley a los convenios y decisiones que originan prácticas restrictivas de la competencia; sanción que en el artículo primero, párrafo segundo de la Ley, se nos dice establecida «como contrarios a la ley y al orden público». Señala, al efecto, que el concepto tradicional del orden público es un concepto en blanco, que la legislación va en cada momento concretando y que «su idea comporta una limitación a la libertad genérica de los particulares». Con la Ley, se añade, «viene a delimitarse uno de los aspectos más importantes del orden público, adjetivándole dentro de un sistema de economía libre y configurando así un orden público económico» (212).

El legislador, de este modo, pretende amparar en el concepto de orden público ese arbitrario poder atribuido a la Administración, respecto a las prácticas restrictivas de la competencia, y lo hace mediante el empleo del nuevo término de orden público económico. Deformación del concepto de orden público, que se acepta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 diciembre 1979, el que entiende que el convenio establecido para restringir la competencia está infringiendo los artículos 1.255 y 1.275 del Código civil.

Insertar el llamado orden público económico dentro del concepto ya recibido de orden público es algo no sólo dudoso, sino de consecuencias posiblemente perturbadoras. Convendrá por ello detenerse en examinar esa nueva figura, su origen, características, semejanzas y diferencias con el orden público, al que se refiere el artículo 1.255 del Código civil.

El término orden público económico es reciente en el lenguaje jurídico; lo introduce George Ripert, quien repetidamente se ocupa de esta nueva figura (213) y quien con su insistencia y autoridad la populariza e impone en Francia y que después también se acepta fuera de Francia. Con su habitual brillantez y soltura describe como la an-

(212) E. de M., III.1. Otro motivo para emplear el término orden público económico hubo de ser la indeterminación y generalidad de la referencia al orden público, lo que permitía evitar la dificultad de que, tratándose de imponer sanciones, hubiera que acudir a la tipificación penal. E. de M., III.

(213) *L'ordre économique et la liberté contractuelle en Etudes Geny II, Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, págs. 347-355, *Le régime démocratique et le Droit civil moderne*, París, 1948, en especial §§ 140-153, págs. 255-282, también § 151 y sig. (obra aquí utilizada especialmente), *Le déclin du droit, Etude de législation contemporaine*, París, 1949, pág. 43 (libro dedicado a mostrar como el intervencionismo del Estado en la economía es una de las principales causas de la decadencia del Derecho). Es de advertir que en *Traité de droit civil, d'après le Traité élémentaire de droit civil par Marcel Planiol avec la collaboration de Georges Ripert*, París, 1932, no se menciona siquiera el orden público económico, §§ 288-291, págs. 119-121; es ya citado, aunque brevemente en *Traité de Droit civil d'après le traité de Planiol por Ripert y Boulanger*, París, 1956, I, § 581, pág. 260.

tigua, casi ilimitada libertad contractual, va perdiendo su soberanía; ahora se encuentra limitada por el Derecho estatal, sea para proteger ciertas clases de personas (obreros, arrendatarios, compradores), sea sobre todo para organizar la producción, la circulación y la distribución de la riqueza. Distingue además entre el orden público establecido por el artículo 6.º del Código civil francés, que es el orden público en sentido político (organización del Estado, de la familia, de la profesión reglamentada), y aquel otro que corresponde a la organización económica del Estado, que es tan obligatorio como aquél. Sobre esta base llega a la conclusión: «Existe, en consecuencia, un orden público económico» (214).

La doctrina posterior a Ripert sistematiza sus ideas y así se distingue entre un orden público de protección (considerado todavía individualista), que se aplica en favor de ciertos contratantes a los que se consideran económicamente más débiles (obreros, arrendatarios, compradores) y orden público de dirección (organización autoritaria de la economía), que tiene por objetivo dar una cierta dirección a la producción, cambio, y distribución de la riqueza (215).

El término orden público económico (216) en sí mismo es inocuo y puede ser oportuno cuando se le utiliza para referirse a la ordenación de la economía impuesta por el Estado, la que con ello determina restricciones de la libertad de contratación (217). Lo que parece inadecuado y hasta peligroso sería identificar las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad, aludidas en el artículo 1.255 del Código civil (orden público jurídico) y las imposiciones o restricciones a la libertad de contratar derivadas del intervencionismo económico de la Administración (orden público económico). Sentidos dados al orden público que deben separarse, porque su naturaleza y consecuencias jurídicas son otras.

(214) *Le régime démocratique*, pág. 257.

(215) CARBONNIER, *Droit civil*, París, 1957, § 115, pág. 188; FARJAT, *Ordre Public et bonnes moeurs*. Juris Classeurs. Ordre Public et bonnes moeurs. C. c. artículo 6.º, 1966 (1971), pág. 8, 27; WEILL, TERRÉ, *Droit civil. Les obligations*, París, 1980, § 248, pág. 287. Extensamente, GHESTIN, *Traité de Droit civil. Les Obligations. Le contrat*, París, 1980, §§ 122-128, págs. 86-92; señala que la intervención del Estado en las actividades económicas obedece a dos inspiraciones, al intervencionismo neoliberal y a dirigismo (§ 117, página 82) y señala que hay un orden público y social de protección (§ 122, pág. 86 y sig.) y de dirección (§ 124, págs. 89 y sig.).

(216) Se ha observado agudamente que el concepto de orden público económico es muchos más amplio y mucho más extenso de lo que generalmente se le entiende; que «No sólo constituye el orden público económico las actividades del Estado para conformar económicamente a la sociedad, sino también las directrices básicas sobre las cuales se asientan, en cada momento histórico dado, el sistema y la estructura económica de esa misma sociedad». Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1970, I, pág. 43; exponiéndose después brillantemente los principios generales del orden público económico, págs. 43-48; también Díez PICAZO, *Montes, Derecho privado y sistema económico*, Madrid, 1979, págs. 63-64.

(217) FARJAT señala que orden público económico puede significar simplemente que «las relaciones contractuales están sometidas a ciertas re-

Ya, de lo antes dicho, habrá podido observarse lo muy diferente de la fundamentación normativa de cada uno de las dos clases de orden público. El orden público jurídico se basa en normas extra-positivas, no expresadas en textos legales y su específica finalidad se centra en evitar que, por medio de la libertad de contratar, los órganos del Estado se encuentren obligados a imponer algo que repugne el buen sentido de lo justo o de lo moral. De ahí que su eficacia sea negativa, la de declarar nulos ciertos convenios, los que por contrarios al orden público tiene un propósito, objeto o una causa ilícita. El orden público económico se exterioriza en mandatos legales imperativos, cuya ejecución y exigencia está encomendada a la Administración, la que actúa por delegación expresa o tácita, mediante el arbitrio de sus funcionarios, por reglamentos, órdenes e instrucciones. Se manifiesta con eficacia positiva, imponiendo haceres para establecer la prevista ordenación económica. La que puede tener motivaciones de interés general, pero también clasistas o a favor de ciertos particulares (217 bis). En ocasiones cabe que origine la nulidad total de los convenios que la contradigan, en otros casos, la nulidad relativa o parcial, o bien su reforma o acomodación; pudiendo dar lugar a sanciones penales y multas administrativas.

Lo relevante de lo distinto de la naturaleza y de la función de cada uno de los dos tipos de orden público se observa de modo inmediato en la relación en que se encuentran respectivamente con la moral y las buenas costumbres. El orden público jurídico está en estrecha e indisoluble conexión con las buenas costumbres, de tal manera que se hace difícil distinguir estas figuras (218). El valor de ambas se manifiesta llamativamente en que rompen el criterio de la justicia rogada y en que, a pesar del principio de que nadie puede ser condenado, sin ser antes oído, se ha impuesto la idea de que es más justo que los Tribunales declaren de oficio la nulidad de los convenios que sean «manifiesta y notoriamente contrarios a la moral e ilícitos» (219). El orden público económico, por el contrario, atiende a lo que la Administración en cada momento, entienda ser más conveniente a su plan económico; para lo que, a tal fin, se dejan de lado

glas obligatorias de orden económico», *L'ordre économique*, París, 1963, página 17; comprendiendo no sólo al derivado del interés general, sino también al de intereses particulares, pág. 31.

Comp., sin embargo, GORDILLO, *La nulidad parcial del contrato con precio ilegal*, en este ANUARIO, XXVIII-1 (enero-marzo 1975), págs. 113-119; SAINZ MORENO, loc. cit., págs. 599 y sig.

(217 bis) RIPERT hubo ya de señalar que el orden público económico no se refiere a los intereses permanentes del Estado, a los del orden de una sociedad estable (pág. 350), sino que crea diferencia de trato entre los nacionales, según su clase, desapareciendo el principio de igualdad, ante la diversidad de intereses a proteger (pág. 351), en *L'ordre public économique*, citado antes.

(218) Como se ha indicado antes, sobre las notas 166-178.

(219) S.T.S. 29 febrero 1932, que consolida la doctrina. Otras referencias en el *Negocio jurídico*, págs. 476 y sig. Últimamente, S.T.S., 31 de diciembre 1979 y sentencias allí citadas.

los dictados de la moral y de la justicia conmutativa (220). Por todo lo que se ha podido calificar el orden público económico hasta de «amoral» (221).

Las diferencias señaladas se traducen en la distinta situación en que se haya el Juez, respecto de cada orden público. El orden público jurídico otorga al Juez un papel de protagonista, el de concretar e interpretar los criterios básicos de la moral, de las buenas costumbres y de lo justo, inmanentes o trascendentes, del sistema jurídico en vigor, los que vienen a limitar o moderar la libertad de los contratantes; ello corresponde a su estricto oficio de administrar justicia. En cambio, no le corresponde ser un experto en economía, ni adivinar, ni colaborar con las arcas o abiertas intenciones de quienes manejan, para bien o para mal, la economía del país; todo ello es extraño al propio cometido judicial. Respecto al llamado orden público económico, el Juez habrá de limitarse a cumplir lo mandado expresamente por el legislador o por el funcionario en quien aquél delegue (interpretación estricta) (222).

Dadas las esenciales diferencias existentes entre el antiguo concepto de orden público (orden público jurídico) y el orden público económico no puede extrañar que se haya sugerido abandonar el término orden público económico y reservar el término orden público para el que hemos llamado orden público jurídico (223); lo que tendría la ventaja de evitar confusiones, siempre tan peligrosas en la doctrina jurídica.

(220) Aceptación o fomento de la inflación política monetaria, protección de ciertas clases, trato discriminatorio respecto a las personas no productoras o pasivas, privilegios para exportadores o importadores, etcétera, etcétera.

(221) MAULARIE, *Les contrats contraires a l'ordre public*, Reims, 1953, página 57 (con referencia a Carbonnier).

(222) Sobre lo que advirtiera ya RIPERT, *Le régime démocratique*, página 259; MAULARIE, *Les contrats contraires a l'ordre public*, págs. 55-57; FARJAT, *L'ordre public économique*, págs. 138 y 139.

El orden público económico, no es considerado como motivo de un recurso de casación, ante la Sala 1.ª de lo civil del Tribunal Supremo. Dicho orden público ha de encontrarse establecido en leyes administrativas o fiscales y una jurisprudencia reiterada excluye de la casación el recurso motivado en la infracción de tales leyes. Así, entre otras muchas, sentencias de 7 marzo 1943, 7 julio 1949, 30 diciembre 1953, 12 mayo 1956.

(223) MALAURIE, loc. cit., págs. 55 y sig.; FERRI señala sus dudas sobre la conveniencia de mantener y de recurrir a la noción de orden público económico; pues que dada sus proporciones mastodónticas, puede ser de escasa utilidad y originar peligrosas confusiones, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, pág. 224; quien ha dicho también que considera un grave error de perspectiva, el extender el orden público a la relación entre la iniciativa privada y el ordenamiento público de la economía, en *Atti della tavola rotonda tenuti presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania* (17-18 maggio 1969), *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole* (Università di Catania, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, 67), pág. 54.

V. ¿HACIA OTRA CONCEPCION DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD?

Se habrá podido observar, cuando se ha tratado del orden público, cómo mediante su utilización la autonomía de la voluntad se entiende de modos diferentes al correr el tiempo, y también podrá verse ahora que su evolución ha seguido líneas parecidas en todos y cada uno de los países de la llamada Europa Occidental (224).

1. *La concepción liberal del contrato.*

La concepción liberal de la autonomía de la voluntad hizo pensar, y todavía hoy hay quien así lo piensa, que ella supone entregar a los particulares «una reserva de caza», una «zona protegida» (225) en la que el Estado no tiene otro quehacer que el de dejar hacer. Mas aunque sea en el inconsciente, al irse perdiendo el respeto a los dogmas liberales, no pudo menos que sentirse que, si ello es así, los poderes públicos no tendrían que intervenir para nada en esa zona privada, en tanto no se toque a la esfera de lo público. Cuando se pide el auxilio de las autoridades del Estado, para que se haga cumplir lo prometido en un contrato, poniendo así al servicio del particular el aparato coactivo estatal, se ha salido ya de la zona privada (226). Cuando el Estado, en sus Códigos se compromete a dar fuerza de ley a los contratos, lo hace arrogándose una actividad pública (administración de la justicia) y entonces ya no puede actuar de un modo

(224) Como se ha dicho antes en general en este ensayo, y aquí, especialmente, se advertirá una repetida referencia a la legislación y doctrina extranjeras. Se intenta demostrar, con algunos datos sintomáticos que la doctrina y la práctica de los países más desarrollados de la Europa Occidental, siguen una paralela o semejante evolución en el modo de entender la autonomía de la voluntad, aunque en cada uno de ellos se produzca antes o después. Relativas coincidencias que no son resultado de atender al Derecho extranjero, del mimetismo o del deseo de unificar el Derecho; que se explica por lo paralelo del desarrollo de la realidad socio-económica y de las consiguientes acciones y reacciones jurídicas que el mismo origina. Las Leves y la doctrina española sobre los contratos, se ha desarrollado más lentamente, debido a la pereza o retraso del desarrollo económico español. La situación actual, de rápido cambio, muestra ya las características propias de la sociedad de consumo y requiere que se acojan medidas como las adontadas por otros países en favor del consumidor. Los datos aquí recogidos tienen, me parece, el valor de indicios que anuncian una concepción más ajustada y más justa del contrato, en reacción ahora respecto de los excesos propios de «L'Europe des marchands». Reacción que vendrá a coincidir con algunas de las líneas maestras de la concepción tradicional del Derecho español.

(225) Términos empleados por PELLICANI, *La ricoperta della autonomia privata*, en *Temi della coltura giuridica contemporanea*, Padova, 1981, página 30.

(226) Siguiendo con la metáfora de la reserva de caza, se podría decir que se pide la intervención del Estado para que se convierta también en cazador y entregue la caza a uno de los contratantes.

indiscriminado; como Estado de Derecho no le está permitido imponer algo que sea ilícito, que implique un resultado contrario a la Justicia o a la Moral. Función discriminadora que ha venido realizándose tímidamente, considerando nulos aquellos contratos que sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Poder de censura atribuido a los Jueces, que será el que al irse ampliando hará que la autonomía de la voluntad vaya tomando un nuevo sentido.

Durante el siglo XIX y hasta bien entrado el siglo XX, los prejuicios dominantes del liberalismo, imponen el principio de considerar excluida cualquier limitación a la autonomía de la voluntad, fuera del expreso mandato de la Ley (227). Este criterio vendrá a ser puesto en duda por el intervencionismo del Estado, el que para proteger a ciertas clases sociales (contrato de trabajo, seguros, transportes, arrendamientos) dicta leyes en las que dominan las normas imperativas, abandonando en aquéllas el principio de libertad de contratación. Lo que hará pensar a los autores en una «nueva concepción del orden público», la de la protección del contratante que no se encuentra en situación de igualdad, para defender sus intereses (228).

Causa más honda, aunque menos llamativa de la crisis de la concepción liberal del contrato, puede encontrarse en los movimientos de reacción frente al uso exageradamente abusivo de ciertas figuras (contrato de adhesión, condiciones generales de los negocios) en el mundo del tráfico mercantil, en daño de los consumidores.

2. El contrato por adhesión

La doctrina francesa hubo de advertir pronto lo anómalo de los contratos cuyo contenido se ofrecía previamente redactado por una de las partes o en los que por ella lo hacía un tercero o una institución; mientras que el otro contratante había de limitarse a aceptar o rechazar el contrato; convenios previamente redactados en formularios o modelos, a los que por ello se les llamará contratos de adhe-

(227) Se inspira en «el principio de la libertad», y se proclama: «He aquí ante todo, una gran regla de Derecho que en ninguna parte está escrita en términos formales, pero cuya existencia es cierta: todo lo que no está prohibido por la ley, está permitido. La libertad es la regla; la libertad privada es la regla, salvo los límites fijados por la Ley». PLANIOL, RIPERT, *Traité élémentaire de Droit civil*, París, 1932, § 288, pág. 119. En su consecuencia, la reserva de no ser contrario el contrato al orden público o a las buenas costumbres, se aplica restrictivamente; comp. lo dicho sobre nota 181 y sig. No debe olvidarse el influjo de la idea darwiniana-liberal; de que el progreso resulta del triunfo del más apto en la lucha por la vida.

(228) RIPERT, BOULANGER, *Traité de Droit Civil d'après la traité de Planiol*, París, 1956, § 58, pág. 200. Idea recogida en el mismo título de la obra de MUZNAGHI, *Le déclin des causes d'exonération de responsabilité sous l'influence de l'ordre public nouveau*, París, 1981.

El referido creciente intervencionismo de los Gobiernos en los ámbitos privados, convierte en lugar común hablar de la crisis del contrato y del declinar del Derecho.

sión (229). Este hecho será motivo de que se discuta entre los autores sobre su naturaleza, sosteniéndose por algunos que ni siquiera deben ser calificados de contratos. La opinión común razonablemente se ha inclinado por considerarlos contratos, aunque de características especiales (230).

Cierto es que en tales contratos no existe deliberación sobre cada cláusula o condición, que una de las partes no consintió en ellas y que posiblemente no llegó siquiera a conocerlas. Mas también es cierto que el consentimiento se requiere sobre el objeto y la causa del contrato (arts. 1.261 y 1.262 del C. c.) y no sobre cada uno de los pactos, cláusulas o condiciones de los mismos (comp. arts. 1.255 y 1.647 del Código civil), respecto de las que bastará una referencia general (231).

Al objeto limitado de este ensayo interesa sólo destacar la intrínseca peligrosidad de este tipo de contratos, en el que a una de las partes se le deja mano libre para establecer cláusulas abusivas en daño de la otra parte; así, por ejemplo, imponiendo cláusulas de exención de responsabilidad, cláusulas penales, de caducidad, de renuncia al propio fuero o acudiendo a la cláusula compromisaria (232). El uso

(229) Parece que fuera SALEILLES, quien primero llamara la atención sobre la figura y le diera nombre (*La déclaration de volonté*, París, 1901, § 89 y sig., págs. 229 y sig.; quien entiende hay más bien una declaración unilateral de voluntad. Sobre la diferencia entre modelo de contrato y contrato de adhesión; SCHMITZ HOFF, *The Unification or Hermonisation of Laws by means of Standard Contrats and General Conditions*, Unidroit, Yearbook, 1967-1968, II, pág. 93.

(230) Sobre la cuestión, ROYO MARTÍNEZ, *Contratos de adhesión*, en este ANUARIO, II, 1, (enero-marzo 1949), págs. 54 y sig., y en especial, págs. 59-62; DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1970, páginas 221 y sig., especialmente, págs. 222-223. También, por ejemplo, GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, París, 1937, pág. 57; JOSSERRAND, *Cours de Droit civil positif français*, París, 1931, § 33, pág. 21; MARTY, RAYNAUD, *Droit civil*, París, 1962, II, 1, § 118, pág. 102; CARBONNIER, *Droit civil*, París, 1957, II, 2, § 100, págs. 342-343; MUZNAGHI, loc. cit., págs. 191-195; WEILL, TERRÉ, *Droit civil. Les obligations*, París, 1980, § 47, pág. 50; GHESTIN, *Le contrat*, París, 1980, § 73, pág. 49 y sig., CALAIS AULEY, *Droit de la consommation*, París, 1980, § 188, pág. 296. Los informes de EÖRSI y de SCHMITTOFF, sobre el tema de los contratos de adhesión y la protección de la parte más débil, al 2.º Congreso de Derecho Privado de UNIDROIT; *New Directions in International Trade Law*, N. Y., 1977.

(231) Las mismas normas dispositivas son generalmente desconocidas por los contratantes. También se ha hecho notar, no ser infrecuente que al redactarse una escritura pública, las partes no hayan discutido en detalle su texto y que la lectura en voz alta por el Notario o por su oficial se traduzca en mal oír unas palabras no comprendidas; en tales casos, basta que las partes, por ejemplo, hayan consentido en vender y comprar confiando al buen saber del Notario su desarrollo en detalle.

(232) La situación no es nueva. En la práctica anterior a la Codificación puede también verse lo mismo en los modelos de contratos reunidos para uso de Escribanos o Notarios; en ellos se procura liberar de obligaciones al cliente e imponer duras condiciones al otro contratante, asegurando su cumplimiento con penas y juramento; para ello se utilizan el remedio de la renuncia de leyes imperativas y el renunciar a la Ley que prohíbe la renuncia. Sobre la peligrosidad de la cláusula compromisoria lo dicho

y abuso de estas condiciones de modo masivo e injustificado han hecho que los autores amonesten sobre las trampas que dichos contratos pueden contener y algunos llegan a decir que los Jueces pueden anular en ellos no sólo las cláusulas dolosas, sino también las leoninas (233).

Esta opinión debió parecer demasiado avanzada a los más de los autores, que prefieren otros paliativos frente al uso abusivo de los contratos de adhesión, para así no abandonar el criterio del respeto a lo convenido por contrato (234).

Por el contrario, aquel sentir más atrevido encuentra acogida en algunas leyes de países que están dentro del área de la cultura jurídica francesa. Así, en el Código civil de Egipto (235), en el Código civil de la República árabe de Libia (236) y en el nuevo Código civil de Argelia (237). También se nos dice que dicha idea ha tenido cierto eco no sólo en la jurisprudencia francesa, sino también en la británica y en la de Estados Unidos (238).

en *El arbitraje y la nueva «Lex mercatoria»*, en este ANUARIO, 1979, especialmente págs. 654 y sig. A lo allí dicho puede agregarse lo señalado por BERLIOZ, para quien la cláusula «constituye un medio de escapar de las medidas de protección a las partes, desarrolladas por el legislador o la jurisprudencia, no por enemiga del arbitraje, sino para que no se haga de él un abuso que lo desacredite. Por la cláusula de arbitraje se busca imponer un Derecho corporativo que el adherente no escoge libremente y que puede no atender a sus intereses», *Le contrat d'adhésion*, París, 1976, pág. 76.

(233) DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, París, 1923, I, § 618, pág. 314; JOSERAND, loc. cit., I, § 33, pág. 21.

(234) ROYO MARTÍNEZ, dice —extendiendo el criterio a las cláusulas generales— que pueden utilizarse como remedio de los citados abusos, la agrupación de los consumidores, normas legales imperativas eliminando las cláusulas abusivas, su corrección por vía interpretativa, intervención de la Administración mediante normas específicas respecto de cada ramo o por aprobación de los formularios, loc. cit., pág. 63; MARTY, RAYNAUD, aconseja que las víctimas de los abusos se agrupen en sindicatos y así consigan modificaciones del contrato de adhesión; loc. cit., II, 1, § 118, pág. 103-104.

(235) Su artículo 149 dice: «Cuando el contrato se forma por adhesión, el Juez puede, si el contrato contiene cláusulas leoninas, modificar estas cláusulas o dispensar de ellas a la parte que se adhiere, y ello conforme a la equidad. Código promulgado en 1948 por el Rey Faruk I, J. off. du Gouvernement égyptien, núm. 108 bis, A, ley núm. 131.

(236) Artículo 149, mencionado por MUZNAGUI, loc. cit., págs. 194-195.

(237) Ordenanza de 6 de septiembre de 1975; su artículo 70, dice: «La aceptación de un contrato por adhesión resulta de la adhesión de una parte a un proyecto reglamentador que otra haya establecido, sin permitir su discusión», el artículo 118, sigue diciendo: «Cuando el contrato se forma por adhesión, si el contrato contiene cláusulas leoninas, el juez puede modificar estas cláusulas o dispensar a la parte que se adhiere, y ello conforme a las reglas de equidad». «Todo convenio en contra es nulo». Recogido en BERLIOZ, *Le Droit d'adhésion*, 2.ª ed., puesta al día, París, 1976, página 201.

(238) Según testimonio y datos reunidos por BERLIOZ, loc. cit., págs. 66 y siguientes.

3. Las cláusulas generales de los contratos.

La doctrina alemana, por su parte, parece haber sido la primera en la que se llamara la atención hacia las cláusulas generales de los negocios (239). Figura afin a la de los contratos por adhesión, de la cual no será fácil distinguirla (240), cuando las condiciones generales se estiman conocidas por el contratante que las acepta (241). Mas consideradas las dos figuras como fenómenos socio-económicos, la importancia de las condiciones generales será incomparablemente mayor que la de los contratos de adhesión.

Las condiciones generales nacen en un momento de avanzado desarrollo económico, su generalización se produce en días de optimismo, de expansión del capitalismo occidental, en los que se impone la producción en masa y se requiere un continuado y progresivo crecimiento de las ventas, según cuidados programas de mercado.

En el juego de las fuerzas sociales en el mundo moderno, empresarios (financieros, industriales y comerciantes) alcanzan una decidida prepotencia, la propia del poder del dinero y del manejar los maravillosos avances de la técnica, con lo que adquieren el prestigio de ser causa del progreso y de la prosperidad creciente de la sociedad de consumo. Manifestación de esta situación privilegiada y para su defensa aparecen y se difunden las cláusulas generales de los contratos. Se justificarán como imprescindibles para la racionalización del tráfico en una economía de masas y encuentra su fundamentación doctrinal en la ambiciosa teoría de «la nueva *lex mercatoria*» (242). Formulada y defendida por los abogados y asesores de las grandes organizaciones mercantiles y también por algunos eminentes maestros del Derecho, alcanza por un momento la apariencia de opinión común de los juristas, en especial entre mercantilistas y cultivadores del Derecho internacional privado (243).

(239) Pueden verse las citas mencionadas en *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, en su primera nota, en este ANUARIO, XIV-II (abril-junio 1961), reeditada en Cuadernos Civitas, Madrid, 1975.

(240) Por ello, no es extraño que distinguidos autores hayan estudiado ambas figuras conjuntamente, por ejemplo, ROYO MARTÍNEZ, loc. cit., páginas 58 y sig.; BERLIOZ, loc. cit., pág. 207.

(241) Cuando el otro contratante no las conoce, puede decirse con razón que tales condiciones han quedado fuera del negocio, DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1970, pág. 223; apareciendo como normas de organización de todos los contratos de la empresa, *id.*, pág. 231.

(242) Sobre ello, *El arbitraje y la nueva Lex mercatoria*, antes citado, «passim» y especialmente págs. 660 y sig., y allí citados. También, *Le condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, en que se recogen interesantes comunicaciones y discusión sobre el tema, *Atti della tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università de Catania*, Milano, 1970; y los estudios recogidos en *Le condizioni generali de contratto*, a cura di C. Massimo BIANCA, Milano, 1979.

(243) Ha sido un fenómeno extraño y de no fácil explicación. Se ha dicho que se trata de reconocer objetivamente el hecho del poder normativo de los empresarios, de adoptar el Derecho a las nuevas exigencias de

Como siempre ocurre, el poder incontrolado lleva a su abuso. Las asesorías de las grandes empresas aguzan su ingenio para alterar la estructura natural de los contratos y por medio de hábiles cláusulas y condiciones entregan al arbitrio de la empresa el cumplimiento de las obligaciones propias del contrato celebrado; lo que se pretende no sólo para las condiciones comunicadas al cliente, sino también para todas las redactadas por la empresa. Esta situación, por su difusión y resultados escandalosos, hubo de herir el natural sentido de justicia, que rechazaba que las autoridades hubiesen de colaborar con las empresas para imponer la ejecución de pactos leonimos. A esta causa de reacción frente a las condiciones generales hubo de sumarse el sentimiento de que con ellas se conculcaba la soberanía del Estado. La nueva «lex mercatoria» suponía atribuir a los empresarios poderes soberanos, de los que las condiciones generales representarían el poder legislativo» (244).

La misma relevancia alcanzada por las condiciones generales de los contratos en la práctica comercial y en la doctrina jurídica hará que las censuras de sus abusos conmueva la opinión pública y suscite así el interés de los políticos. La reacción contra ellas será más enérgica que la que originaran los contratos de adhesión. Dará lugar aun reconociendo su utilidad y hasta su necesidad (245), a medidas legis-

la nueva economía, de atender a los costos sociales, de no sacrificar el interés colectivo (prosperidad económica) al interés de un particular a una solución equitativa. Aparte de estas consideraciones socioeconómicas se acude a prejuicios de la concepción literal del contrato, al principio «pacta sunt servanda», a la conveniencia de liberar los contratos de normas imperativas, pues nadie sabe mejor lo que les conviene que los propios interesados, el evitar pleitos y el arbitrio judicial y hasta juega la reminecencia de las direcciones pandectistas que atendían en primer lugar a la seguridad jurídica; sobre todo, el pensar que la ilimitada autonomía de la voluntad podría salvar el obstáculo que para el comercio internacional supone la disparidad de las leyes nacionales. Argumentos que todavía se utilizaban en la *Tabla Redonda*, citada en la nota anterior; comp. PANZA, página 97, Russo, pág. 236. También se alega que «una de las ideas fundamentales de la Economía es que el cambio libremente querido conviene a ambas partes, y por tanto, crea utilidad», que con la tendencia a asegurar el «mínimo ético», se olvidan «los efectos reflejos respecto a terceros», que «las disciplinas puestas al servicio de las clases más débiles han acabado por producir resultados opuestos a los propósitos proclamados», TRIMARCHI, *Il giurista nella società industriale, in Temi della cultura giuridica contemporanea*, Padova, 1981, págs. 104-106. Puede observarse la significativa semejanza de estas razones con las utilizadas por nuestro Tribunal Supremo, S. 25 de abril 1925, en defensa de la concepción liberal del contrato, antes citada sobre notas 197-199.

(244) Por medio también de las condiciones generales, utilizando la cláusula compromisaria, se podía imponer un juez árbitro a conveniencia, cuyas sentencias habrían de ser cumplidas so pena de sufrir sanciones corporativas. De ese modo, hubo de sostenerse que la nueva «lex mercatoria» implicaba atribuir a los nuevos mercaderes los poderes legislativos, judicial y ejecutivo.

(245) Al publicarse el Anteproyecto de Ley sobre las condiciones generales del Gobierno Federal alemán, se cuidó de advertir sobre el significado de éstas como instrumento indispensable de racionalización; «racio-

lativas contra su utilización abusiva, como se hace en la Ley alemana de «Regulación del Derecho de las condiciones de los negocios» (246) o en las que se tienen presentes al tratar de proteger a la parte más débil (247) o defender a los consumidores (248).

4. *Los pactos leoninos.*

El referido movimiento legislativo, importante sin duda en sí mismo, tiene una mayor trascendencia en cuanto ha sido motivo para quebrantar a fondo el dogma liberal de la ilimitada autonomía de la voluntad. Es cierto que las leyes que lo han formado se refieren sólo a determinados supuestos, el de las cláusulas generales de la contratación, el del contrato con una parte más débil, o el del contrato con un consumidor; mas de ello no cabe inferir qué cláusulas leoninas e idénticas o análogas a las condenadas en tales leyes hayan de considerarse plenamente válidas, por estar insertas en contratos no formados en base a condiciones generales o en las que no haya parte débil ni un consumidor (249); ya que la «ratio iuris» de las citadas leyes se centra en la ineficacia de ciertas cláusulas por su naturaleza leonina o ilícita. Sería contra la buena lógica jurídica estimar eficaces cláusulas tales, que hayan sido declaradas ilícitas o leoninas en aquellas otras leyes, por el hecho sólo de que aparezcan en contratos indi-

nalizar o simplificar el desarrollo de la contratación masiva, ordenar jurídicamente esferas de la vida o de los negocios no regulados o insuficientemente regulados en las leyes, aumentar la posibilidad de cálculo de los riesgos de los negocios y poder adaptar rápidamente las disposiciones contractuales de los negocios en masa a los cambios económicos y a los desarrollos técnicos» (cita de HIPPEL, *Der Schutz der Verbraucher von unlauteren Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den E. G. Staaten*, RABELS, Z., 41 (1977.2).

(246) *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, de 9 diciembre 1976 (citada como AGB Gesetz), alguna indicación sobre esta ley en *El Arbitraje y la nueva lex mercatoria*, loc. cit., págs. 683-684. Detenido comentario sobre esta Ley y cuidada referencia de la extensísima bibliografía sobre ella en SCHLOSSER, en *J. von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlín, 1980.

(247) Sobre ello, por ejemplo, GUILLERON, *La protection du faible dans les contrats*. Z.f. Schw R., 98 (1979, I, 3), págs. 225 y sig.; HOFFMANN, *Über der Schutz des schwächeren bei internationalem Schuldverträgen*, Rabels Z., 38 (1974 H. 2-3), pág. 396; EÖRSI Y SCHMITTHOFF en sus comunicaciones sobre el tema, en *Contracts of adhesion and the protection of the weaker party in International Trade Relations*, al 2.º Congreso de Derecho Privado de UNIDROIT, en *New Directions in International Trade Law*, N. Y., 1977, páginas 155 y sig. y 177 y sig.; WOOLDRIDGE, *Inequality of Bargaining Power in contract*, J. of Buss. (oct. 1977), págs. 312 y siguientes.

(248) Sobre ello puede verse lo dicho en la parte VI de este trabajo.

(249) No parece ser del caso aplicar la regla «inclusio unius exclusius alterius», ni de considerar tales leyes como excepciones o anómalas, pues ellas se basan en el principio general de no colaborar con una conducta reprochable, como la de los pactos leoninos.

viduales (250), o porque el contratante perjudicado no sea económicamente la parte débil (251) o no sea un consumidor (252); notas todas ellas de carácter accidental o de política del momento.

La doctrina (la de los autores y la de los jueces) ha buscado encontrar una base dogmática en la que asentar esa nueva dirección, que considera nulas las cláusulas de los contratos de carácter leonino (253). Lo que se hace sea apoyándose en conceptos ya recibidos por todos, en el orden público y en las buenas costumbres; sea atendiendo abierta o disimuladamente a la propia naturaleza de las relaciones contractuales.

Las figuras conexas de orden público y buenas costumbres, por su contenido indefinido y variable, serán útil cobertura y vehículo para las nuevas ideas que se van imponiendo con el nuevo ambiente social y jurídico. Se habla así por ello de un «nuevo orden público» (254); se piensa que al lado del principio de la libertad de los convenios, ese nuevo orden público será el que hace que se vaya negando validez a las cláusulas de exención de responsabilidad (255).

(250) La citada (en nota 246) «AGB Gesetz» separa de su regulación los «individuelle Vertragsabreden» (§ 4), mas ello no puede significar que tales pactos individuales sean válidos cuando contraríen a la regla general del § 9 de la ley, estén incurso o no lo estén en las causas de nulidad especiales establecidas en los §§ siguientes. Tanto más cuanto el § 138 del B.G.B. establece un principio tan general, que pudiera entenderse que cubre la mayoría de los supuestos. Comp. lo señalado en nota 259.

(251) En un contrato de una casa de limpieza de alfombras, ésta establecía un cláusula, señalando que recibía las alfombras quedando todo el riesgo a cargo del propietario, y recomendando a éste que se asegure de ello; se trataba de una alfombra china valorada en más de 900 libras; la casa de limpiezas alega haberse perdido la alfombra y se niega a indemnizar (se trataba de un contrato de adhesión, con las condiciones escritas en letra pequeña). El Juez DENNING estima la ineficacia de tales cláusulas, dada la «inequality of bargaining power», entre otras razones» (Levison and another v. Patent Steam Carpet Cleaning Co., 1977, citado por WOOLRIDGE, loc. cit., págs. 317-318). En esta situación de desigualdad se encuentra el cliente, sea o no acaudalado, frente a la empresa de la que ha de aceptar sus condiciones —que no tiene tiempo de considerar— y que son los corrientes en el ramo, si quiere conseguir los servicios.

(252) Así, en los casos que el contratante perjudicado no tiene la condición de consumidor, por ejemplo, contrato entre fábrica de ventas al por mayor y tendero al por menor, entre agricultor e industrial que elabora los productos para su venta al público.

(253) Nulidad de la cláusula, condición o pacto y no del contrato. Sobre la nulidad parcial, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, págs. 491 y siguientes; GORDILLO, *La nulidad parcial del contrato con precio ilegal*, en este ANUARIO, XXVIII-I (enero-marzo), págs. 101 y sig. La total nulidad del contrato se daría en cambio en el supuesto de causa ilícita.

(254) Vide nota 228.

(255) MUZNAGHI, *Le declin des clauses d'exoneration de responsabilité sous l'influence de l'ordre publique nouveau*, París, 1981, págs. 70 y sig., 155 y sig. Ha de advertirse que en el Prefacio a esta obra, el Profesor BONASSIES señala que después de las leyes de 19 de enero de 1978 y del decreto de 24 de marzo 1978, la jurisprudencia francesa tiende, en ciertas circunstancias al menos, a estimar válidas las cláusulas de exención de responsabilidad cuando se trata de contratos de compraventa entre profesionales y no entre profesional y consumidor.

Sobre las buenas costumbres se ha podido señalar con cierta extrañeza que mientras se constata una progresiva desatención respecto de la moral sexual y de la ordenación de la familia, se atiende más a la «ética inmanente» en la ordenación social y económica; considerándose indicio suficiente de ser un contrato contra las buenas costumbres, el de la ruptura de la equivalencia entre las respectivas prestaciones de los contratantes (256). También se ha pensado en la doctrina alemana, que el § 138 de su Código civil, en sus dos párrafos (257), ofrece buen apoyo para la protección de la parte más débil en un contrato, y que el amplio concepto de usura que contiene (258) podría ampliarse a los casos de explotación del deudor («Schuldnerausbeutung») y a los de negocios análogos a la usura («Wucherähnlichen Geschäften») (259).

5. Las normas dispositivas.

Los datos citados no deben engañarnos, no suponen un cambio definitivo o completo sobre la concepción de la autonomía de la voluntad. El movimiento de la nueva «lex mercatoria» sigue teniendo su fuerza y salvo alguna excepción domina todavía en el campo de la unificación del derecho y del tráfico internacional (260). Junto a consideraciones sobre el interés de los Estados en la prosperidad económica (la

(256) MAYER-MALY, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2, *Allgemeiner Teil*, München, 1978, págs. 831, 839, 847, Comp. también, KÖRZ, loc. cit., págs. 1447-8, 1643; ANSÓN, loc. cit., sobre el criterio de lo razonable, págs. 193 y siguientes.

(257) § 138 (1). Es nulo el negocio jurídico contrario a las buenas costumbres, (2) En especial es nulo el negocio jurídico por el que alguien explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, se hace prometer o conceder para sí o para un tercero, ventajas patrimoniales, por una prestación (suya), que de tal modo exceda al valor de esta prestación, que dadas las circunstancias, aquellas ventajas patrimoniales están en una desproporción manifiesta.

(258) Ha de recordarse que antes también en Alemania se entendía que la usura consistía en la exigencia de un interés no permitido del dinero; y que será después, la Ley de 19 de junio 1893, la que considera delitos otros casos de explotación de la necesidad, la ligereza o la inexperiencia para estipular desproporcionadas ventajas; concepto éste que pasará al Código civil, en el citado § 138, 1.

(259) DILCHER, en *J. von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 12 ed., Berlín, 1980, §§ 20 y 42. Importa señalar que nos dice que la «A.G.B. Gesetz» (vide nota 246) no impide que se aplique el § 180, aunque se trate de condiciones generales no condenadas por dicha ley (por ejemplo: contratos entre comerciantes), § 23. Comp. nota 250 (comp. también, el parecer en contra de MAYER-MALY, loc. cit., pág. 829). KÖRZ lamenta no hayan tenido éxito los proyectos que tratan de establecer reglas imperativas, que sean preferentes no sólo a las condiciones generales, sino también respecto de los convenios individuales, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, AGBG., Einleitung, 6, pág. 1395, nota 11.

(260) Sobre ello, lo ya dicho en las *Leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el Proyecto de ley uniforme sobre la venta*, en este ANUARIO, XI-IV (octubre-diciembre 1958), págs. 1015-1020; *El arbitraje y la nueva Lex mercatoria*, en este ANUARIO, 1979, págs. 668-173.

de las empresas) sigue pesando mucho el valor atribuido a la vieja clasificación de las normas sobre los negocios jurídicos en imperativas, prohibitivas y dispositivas. La regla fundamental sobre la autonomía de la voluntad dice: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público» (art. 1.255 Código civil). Estas leyes limitativas del arbitrio de las partes son las imperativas y las prohibitivas, que se refieren sólo a la esfera de la perfección del contrato o a sus requisitos, y en su caso, a las excepcionales que sancionan con la nulidad su infracción. Las demás leyes tendrían carácter dispositivo y se explica el que ellas sean recogidas en los Códigos, por ser las reglas habitualmente seguidas en la práctica de los negocios y que, por ello, se puede presumir que, en caso de silencio de los contratantes, serían también queridas por éstos. No tendrían otro valor que el de meras reglas supletorias, y quedaría al libre e ilimitado arbitrio de los mismos contratantes regular cuál haya de ser el contenido de los contratos.

La consideración crítica del recordado prejuicio doctrinal sobre el significado de las llamadas normas dispositivas ha sido causa muy importante para la nueva o mejor dicho renacida visión de la autonomía de la voluntad. Tal postura se encuentra ya en los juristas que hubieron de enfrentarse con la pretensión de eliminar toda norma imperativa de la regulación del contenido de los contratos, en el Proyecto de una Ley uniforme sobre la venta internacional de bienes muebles corporales y también entre los que tratan de las condiciones generales de los contratos (261).

La dicha manera de entender la autonomía de la voluntad se centra en dos consideraciones complementarias entre sí (262). La de que las llamadas normas dispositivas no son todas de la misma naturaleza, hay unas que son meramente supletorias, otras que son siempre imperativas y algunas cuya naturaleza depende de las circunstancias del contrato (263). A las que hay que añadir la de que el tipo de cada contrato reconocido por la Ley no es un mero nombre, sino que corresponde al conjunto organizado de los derechos y obligaciones que forman su contenido (264).

(261) Sobre ello, con detalle, en los trabajos citados en la nota anterior. *Las leyes nacionales...*, especialmente pág. 1015, nota 36, págs. 1017 y nota 45, págs. 1019 y notas 49 y 50, *El arbitraje*, págs. 671-673, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, ed. Madrid, 1975, págs. 79-86.

(262) Amén de la antes repetidamente señalada, la de que la eficacia jurídica de los contratos tiene un doble fundamento: la voluntad de las partes declarantes (libre, ilustrada) y la intervención de las autoridades públicas (en especial la de la Administración de Justicia), que imponen su cumplimiento; por lo que hay que contar con el control de éstas, que no ha de amparar o imponer algo que resulte claramente abusivo, injusto o leonino.

(263) Pueden verse los ejemplos mencionados en *Las condiciones generales de los contratos*, antes citada, pág. 81.

(264) Caso típico es el de la venta «nummus unus». Como venta se le

Las reglas dispositivas no han sido puestas en las leyes a modo de modelo o ejemplo, que se deja al arbitrio de los contratantes el seguirlos o no seguirlos. En general, han sido recogidas como consecuencias naturales o típicas de cada clase de contrato. Responden a lo que se ha estimado normal según los intereses en juego, de acuerdo con el buen sentido, de lo tradicional y los dictados de la equidad respecto a la debida equivalencia de las respectivas obligaciones. Lo indicado no quiere decir que los que contratan estén constreñidos a seguir el modelo legal; señalan que los pactos, cláusulas y condiciones que se desvíen del mismo o lo contradigan habrán de tener su adecuada justificación para ser eficaces. Ineficacia que habría de darse cuando resulte del contrato un desequilibrio injustificado de las respectivas obligaciones de los contratantes, en daño de una de las partes, que no pueda compaginarse con la naturaleza típica o atípica del contrato (264 bis).

Estas consideraciones, un tiempo tenidas por insostenibles y heterodoxas (265), parecen irse aceptando por la opinión común, aunque con variadas fórmulas y base doctrinal. Se nos dice, en forma más o menos dubitativa, que no hay razones para no entender, como de orden público, las normas dispositivas que cumplen la función de realizar los principios latentes en el ordenamiento positivo (266). En los Derechos

ha aplicado la regulación legal de ésta, derechos del comprador, obligaciones del vendedor, efectos respecto a terceros; lo que se justifica diciendo que ello es lo querido por las partes. La consideración realista del caso, señala que el querer o el nombrar no hace la cosa y que la venta por un dólar de un rascacielos no es venta, y el dólar no tiene aquí papel de precio.

(264 bis) No se ocultará la relación entre lo expuesto y la doctrina de la causa. En algún supuesto, como el de la venta «nummus unuo» hay carencia de causa, no hay venta; en otros, como en el de la cláusula de exoneración de responsabilidad del vendedor por incumplimiento, el comprador podrá oponer al vendedor la nulidad de tales cláusulas. Las cláusulas anómalas pueden justificarse, por ejemplo, cuando, en compensación de una exoneración se ofrecen a la otra parte adecuadas ventajas.

(265) Siempre habrá quien alegue, en contra de lo dicho antes en el texto, la opinión del comercio y las exigencias de la economía. Se ciernen, además, la grave duda de la compatibilidad de tal dirección con la seguridad jurídica, esencial para el tráfico mercantil.

Conviene advertir que la antes señalada concepción de la autonomía de la voluntad no es la recogida en el código civil italiano de 1942, sobre que el requisito positivo de cada negocio atípico ha de ser «merecedor» de la protección jurídica (comp. art. 1.322, par. 2); parte del criterio de la libertad de los contratantes para establecer el contenido de los contratos, aunque limitado según la naturaleza de cada negocio; limitación que funcionará de modo negativo, permitiendo al contratante oponer el carácter abusivo o leonino de una cláusula.

(266) Comp., por ejemplo, PANSA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973, págs. 249 y sig.; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale, Commentario del Codice Civile* (Dirigido por Scialoja, Branca, IV (arts. 1.321-1.352), Bologna, Roma, 1970, págs. 328-329; FERRI, *Condizioni generali di contratto, diritto dispositivo e ordine pubblico*, pág. 47; BARCELONA, *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, pág. 126; estos dos últimos citados estudios, en *Atti della Tavola rotonda tenuta presso l'Instituto di diritto privato dell'Università di Catania*, Milano, 1970 (Con-

norteamericano e inglés se utilizan criterios semejantes para censurar las cláusulas de aquellos contratos que se apartan del modelo legal, considerándose nulas las cláusulas (nulidad parcial del contrato) cuando alguna de ellas merece el calificativo de «unconscionable» o bien no satisface «the requirements of reasonableness» (267).

6. *La naturaleza de cada contrato.*

Otra parte de la doctrina atiende más directamente a la naturaleza del contrato (268) o de cada tipo de contrato. La cláusula limitativa que libera de «obligaciones esenciales del contrato» a un contratante se considera contra «la naturaleza de las cosas» (269); así, en el caso de que una parte haya de sufrir todas las cargas, no habrá compra ni arrendamiento, aunque así se les haya denominado (270).

También se ha tenido en cuenta la normal reciprocidad de intereses, según la clase de contrato; habiéndose entendido que en aquellos contratos, en los que se haya roto la debida equivalencia de las prestaciones, hay ya indicios de ser contrarios a las buenas costumbres (271). Lo que de modo más expresivo se manifiesta en la doctrina británica,

dicioni generali di contratto e tutela del contraente debole, LIPARI, *Derecho Privado* (Traducción por colegiales del real Colegio Mayor Albornociano de Bolonia), Bolonia, 1980, pág. 326.

(267) Términos usados respectivamente en «Uniform Commercial Code» (1962) y por el «Unfair Contract Terms Act» (1977); no se han traducido estos últimos términos por la dificultad de reflejar su amplio sentido castellano, con las palabras «odiosa» e «irrazonable». ALPA, *Contratto di massa, clausula di garantia e informazione dei consumatori*, pág. 205, y *Controllo legislativo e controllo giudiciale dei contratti standard. Il modello de Unfair Contract Terms Act*, págs. 229-243; textos de la ley inglesa y de su traducción italiana, págs. 245-325, ambos trabajos en *Le condizioni generali di contratto*, a cura di C. Massimo Bianca, Milano, 1979; WOOLDRIDGE, *Inequality of Bargaining Power in contract. J. of Buss* (oct. 1977), pág. 312; BEHRENS, *Internationale Gerichtsstandvereinbarungen. Die «reasonableness» Doctrin in amerikanische-deutschen Vergleich*, *Rabels Z* 38 (1974), H. 2-3, páginas 590-613; BERLIOZ, *Le contrat d'adhesion*, París, 1979, págs. 67 y siguientes; refiere que en Estados Unidos corre el dicho de que «cláusula odiosa es aquella que ningún hombre de buen sentido y en sus cabales la aceptaría y que ningún hombre justo y honrado la propondría a otro», página 115.

(268) Muchas cláusulas de exención de responsabilidad, suponen dejar el arbitrio de una parte al cumplimiento de una obligación esencial de contrato, y así caen en el supuesto del artículo 1.256 del Código civil.

(269) BERLIOZ, loc. cit., con citas de la jurisprudencia francesa, páginas 18 y siguientes.

(270) ESSER, SCHMIDT, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil. Teilband, 1*, Heidelberg, Karlsruhe, 1976, con cuidado examen de la función de las reglas dispositivas, págs. 87 y siguientes.

(271) MAYER-MALI, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I, Allgemeiner Teil*, München, 1978, § 82, pág. 847; DILCHER, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 12 ed., Berlín, 1980, § 42. En el Código civil revisado húngaro, se atiende al «beneficio unilateral injustificado» (art. 209), cita de EORSI. *Le condizioni generali nell'esperienza ungerese en Le condizioni di contratto a cura di C. Massimo Bianca*, Milano, 1979, págs. 250-252.

diciéndose que en semejantes casos no será válida una cláusula de exención de responsabilidad, en cuanto ella afecte a la razón o al corazón del contrato (272).

Las referidas tendencias innovadoras, cada una en su momento, manifiestan o anuncian el declinar de los principios «liberales» sobre la «pureza de la autonomía de la voluntad en los contratos». A ellas ha de agregarse el movimiento de la protección de los consumidores que las potencia al grado máximo. Ha significado una inversión de valores, con el abandono de la misma base de la idea liberal de la autonomía (273) y, así, especialmente, venir a favorecer al contratante «débil». Mas también, con ello, se deja un tanto de lado la cuestión fundamental, la de que si existen limitaciones inmanentes a la autonomía de la voluntad.

No debiera olvidarse que en la regulación de la autonomía de la voluntad, juegan dos opuestos polos de atracción. El del respeto a la palabra dada y el de la justicia conmutativa. El de la libertad para obligarse y el del control estatal para decidir si debe cooperar con lo querido o declarado por los contratantes. En cada momento de la Historia, la balanza se puede inclinar hacia el uno o hacia al otro polo. Podrá así advertirse que las tendencias consideradas hoy innovadoras han existido siempre de modo abierto o latente conforme a la propia condición del Derecho, aunque las fuerzas del liberalismo económico y la moda del positivismo jurídico hayan ocultado el aspecto ético de la contratación.

No parece sea necesario insistir sobre el valor reconocido antes de la codificación a la relación entre la moral y la contratación; son bien conocidas las cuestiones que ella originara respecto a la regulación de la compraventa (274) y del préstamo (275). Lo son menos o no lo son

(272) Hoy se dice que hay «breach of a fundamental term» cuando la cláusula contradija a la raíz o al corazón del contrato («root of the contract» o «core of the contract»). *Anson's laws of contracts*, por GUEST, Oxford, 1979, págs. 163 y sig. WOOLRIDGE recoge una serie de interesantes casos del Juez Denning, en los que aplica o formula la doctrina de la «fundamental breach» que afecta a la «root» o al «core» del contrato. *Inequality of Bargaining Power in Contract*, J. of Bus (oct. 1977), págs. 314 y sig.

(273) La de la idea darwiniana del «struggle for life»; se traduce al campo social por la que el «laissez faire», lleva a la supervivencia de los más fuertes y mejor dotados, favoreciendo con ello el progreso social. También coincide con la de la separación radical entre lo jurídico y lo ético; propia del positivismo jurídico.

(274) La doctrina del Derecho común hubo de enfrentarse con la realista y escandalosa frase de Pomponio, recogida por Ulpiano (D. 4.4.16, § 4); la glosa la interpreta refiriéndola al «dolus bonus»; los moralistas alumbra la teoría del 'precio justo', aunque haciéndola flexible con la reflexión de que el precio «non est puntualiter determinatum»; la lesión «ultra dimidium» se compagina con la idea fundamental de que «aequalitas est fundamentum iustitiae».

(275) La Ley Ascárate (23 julio 1908) atiende a las siguientes notas del préstamo, para calificarlo de usuario: que se haya celebrado en condiciones tales que resulte leonino, que se estipule un interés anormal, desproporción con las circunstancias del caso, condición de debilidad del prestatario (situación angustiosa, inexperiencia). Notas que también hubieran podido implicar tacha de nulidad para los contratos o cláusulas de cualquier

las nacidas sobre la validez de las cláusulas sobre exención de responsabilidad por hecho propio. El recuerdo de una de ellas, suscitada respecto de un supuesto típico podrá servir para conocer mejor el estado de la doctrina antes de la Codificación.

Según el derecho común era válido el pacto por el que el arrendatario se obliga a pagar la renta pactada, aunque los frutos se pierdan por caso fortuito (276). Regla que origina estas cuestiones: ¿Sería válida una cláusula, conforme a la que el arrendatario se obligue a dicho pago, aunque la pérdida de los frutos resulte de un hecho o de una falta del arrendador? ¿Por el contrario, no obstante dicho pacto, el arrendatario podría negarse al pago de la renta, exigir que se rebaje proporcionalmente ésta, reclamar además que se le indemnice por los daños y perjuicios sufridos?

Las dichas preguntas se plantearon repetidamente, en España respecto a la aplicación de las Condiciones Generales para el arrendamiento del tributo de la Gabela, dado que en ellas se establecía que el arrendatario no podía pedir remisión de la renta por ninguna causa que le impidiera su cobro (por ejemplo, pérdida de frutos) ni por guerra que el Rey promoviera, ni por embargos realizados a su servicio (N.R. 9,2,2). Castillo de Sotomayor nos refiere detalladamente el estado de la cuestión en su tiempo, con abundantes citas de autoridades. A favor de la eficacia del pacto se alegan los siguientes argumentos: que el dicho pacto tiene en su abono no sólo su origen en la ley y su antiguo uso, sino también en justicia, pues el arrendatario se obligó voluntariamente y espontáneamente, siendo libre de tomar o no tomar el arrendamiento, y por tanto, el poder reclamar la remisión de la renta, en cualquier caso, sería engañar al Fisco (277). En contra de su validez, señala que si bien está permitido el quitar y cambiar por pacto los «naturalia, accidentalia» o, como también se dice «admicula et qualitates» del contrato, no vale ni tiene eficacia el pacto que sea contra «substantialia vel naturalia intrinseca» del contrato. La renuncia a pedir la remisión de la renta en caso de privación del uso de cosa, por hecho o impedimento del arrendador, carecería de valor, aunque se confirmen con juramento, por ser ella inicua y también sería contra la sustancia del arrendamiento el tener que pagar la renta, cuando se impide usar la cosa por hecho o culpa del arrendador. No sería aceptable que la eficacia del contrato dependiese así de la voluntad de un contratante, ni el que quedara a su arbitrio cumplir o no cumplir por su parte lo convenido. Incluso en el caso de que el arrendador fuera el Príncipe, debería ser lo mismo y por las mismas razones (278).

otra clase, por contrarios a la moral (art. 1.255 C. c.). También el mismo artículo 1.º de la referida Ley dice que será nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población; la que así se presume impuesta y leonina.

(276) Así, en P. 5,8,23, recogida ésta en artículo 1.575 del Código civil.

(277) Cita en este sentido a LASSARTE, «Decima venditionis et permutationis quae Alcabala nuncupatur». Compluti, 1589, cap. 18, §§ 81 y 83, fol. 197.

(278) CASTILLO SOTOMAYOR, *Quotidianarum controversiarum juris*. III, cap. III, §§ 58-76. *Opera Omnia*. Coloniae Allobrogum, 1753, III, págs. 53-55. A las condiciones generales se las consideraban como «verdaderas leyes».

6. La doctrina española.

Después, modernamente, la doctrina española parece que olvida la cuestión de la validez del pacto contrario a la naturaleza del contrato que lo contiene, posiblemente al no recoger la Novísima Recopilación las antes citadas Condiciones Generales (279).

Tampoco tuvieron presente el problema, los redactores del Código civil. Es cierto que el texto adoptado ofrece la particularidad de haber sustituido la referencia clásica a las buenas costumbres por la de la moral (280), pero lo probable es que no se piense entonces como contrario a la moral el pacto leonino, sino que de acuerdo al criterio de la época se tuviera en cuenta con ello lo contrario a la moral sexual y la organización de la familia.

La moderna doctrina española no ha sido ajena al movimiento general ya observado de condena de las cláusulas de contenido leonino o abusivo. Autorizadamente, se dictamina la nulidad de unas cláusulas, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato, la justicia conmutativa, la debida protección a la parte débil (281). Abandonando así el criterio estrecho de interpretar el artículo 1.255 del Código civil.

De mayor alcance doctrinal, por su carácter más preciso y técnico, ha sido el abandono de la antigua manera de entender el alcance de las normas dispositivas. Ahora se nos enseña que lo dispuesto sobre exclusión voluntaria de la Ley aplicable (art. 6.º, 2, del C. c.) deja intacta la cuestión de si las normas deben entenderse como dispositivas o como imperativas; es pregunta que habrá de ser resuelta en cada caso, en virtud del expreso mandato contenido en cada norma o por aplicación de las reglas generales de interpretación (282).

AZEVEDO, *Commentariorum iuris civilis in Hispaniae, Salmanticae*, 1598, VI, fol. 8 (a N.R. 9,9,1).

(279) Quedaba viva la discusión sobre la validez de la renuncia a las leyes, sobre ello, lo citado en *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, ed., 1975, págs. 63-86.

(280) Me refiero a los artículos 1.255 y 1.275. El primero especialmente calificado de «nuevo», PEÑA, *El anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, artículo 1.263, Madrid, 1965, pág. 396; el segundo, se aparta del Proyecto de 1851 (art. 998, par. 2) y de los antecedentes de este, P. 5,11,38 y Códigos citados por GARCÍA GOYENA, III, pág. 33.

(281) Con referencia también a los principios generales y a la doctrina de la causa; en el ejemplar dictamen de DE DIEGO sobre la validez de las cláusulas de la cuenta corriente de efectos, utilizadas, por algunos Bancos de Barcelona, emitido a solicitud del Colegio de Agentes de Cambio y Bolsa, *Dictámenes jurídicos II, Obligaciones y contratos*, dictamen 35, Barcelona, 1958, págs. 609, 615, 621, 632, 641 en especial, y todo en general.

(282) DÍEZ PICAZO, GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, 1975, pág. 215. En el mismo sentido, AMORÓS nos dice: «que no existe en nuestro Derecho una presunción legal del carácter dispositivo de las normas y en principio, lo contrario: el reconocimiento *prima facie* de su valor imperativo inderogable», en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid, 1977, páginas 303-304 y pág. 330.

En general, sobre el significado de las llamadas normas dispositivas, lo ya dicho en notas 260-265; opinión considerada heterodoxa al tiempo de ser expuesta, notas 260 y 261.

En fin, habrá de señalarse que la doctrina jurisprudencial no ha sentido empacho en declarar nulas ciertas cláusulas leoninas de exoneración de responsabilidad y pactos abusivos. No obstante su carácter casuístico, manifiesta abiertamente el criterio de que el juez podrá buscar el Derecho objetivo superior a la voluntad de las partes (283).

Después de hecha la anterior enfadosa y larga —aunque incompleta relación de datos, tomados de aquí y de allá— parece claro que existe una tendencia general a dejar de lado la idea de la autonomía como ámbito del arbitrio de la voluntad pura y sin límites. Todavía, para completar lo dicho, son debidas algunas precisiones. Ante todo, que de lo expuesto no se infiere, ni cabe deducir una devaluación del principio de autonomía de la voluntad; su valor sigue siendo indiscutible, como unido íntimamente al respeto debido de la libertad de la persona (234), y consecuentemente tampoco debería hablarse de una decadencia o muerte del contrato (285). Ni siquiera puede decirse con exactitud que se trate de una nueva concepción de la autonomía de la voluntad. El cambio que se advierte en la doctrina no es más que el resultado del relativo abandono de ciertos modernos prejuicios, del propio individualismo exaltado que inspiró al liberalismo del siglo XIX (286) y del más reciente del neoliberalismo que abandera la nueva «lex mercatoria». El vacío así producido ha permitido advertir que la autonomía de la voluntad tiene límites inmanentes, los que fueran considerados naturales e indiscutibles por el Derecho común (287).

Esto parece evidente, en cuanto desaparecen los prejuicios originados por la concepción liberal del contrato. Los pactos leoninos son necesariamente nulos. Conclusión que impone el artículo 1.255 del Código civil, adecuadamente interpretado. Las leyes a las que se refiere no son tan sólo las expresas o claramente imperativas, sino también las llamadas dispositivas, en cuanto éstas establecen la regulación normal de

(283) Citas de sentencias en «*Las condiciones generales*», notas 155-163.

(284) Sobre todo esto puede verse *El negocio jurídico*, antes citado, sobre el juego de la autonomía y la aporía de la autonomía privada, páginas 13 y sig., 17 y sig.

(285) Sobre el libro de Gilmore, «*The Death of contract*» (Columbiana, 1974), BESSONE ha podido señalar que donde los seguidores de la antigua concepción del contrato (la de los empresarios y comerciantes) se lamentan de la muerte del contrato, la doctrina más evolucionada verá «la continuada vitalidad del derecho de los contratos», *Analisi economico del diritto e metodi degli studi di teoria del contratto*, R.D.Comm. LXXVII (en-feb. 1979) pág. 73 y, todo en general. SANTORO PASSARELLI recuerda que el contrato, pilar del ordenamiento jurídico, es expresión esencial de la libertad de la iniciativa económica privada, constitucionalmente garantizada, *Il Codice Civile e il mantenimento dei valori essenziali*, en *Temi della cultura giuridica contemporanea*, Padova, 1981, pág. 139.

(286) Palabras de DE DIEGO en *Dictámenes*, antes citado, pág. 629.

(287) Incluso en los Derechos con fórmulas más exaltadoras de la autonomía. En Aragón, el principio «*standum est chartre*» se entiende subordinado a lo que dicta el derecho natural (citas de la antigua doctrina en *El arbitraje*, loc. cit., págs. 681, nota 217) ahora en el artículo 3.º Comp. En Navarra su principio «*paramiento fuero vienze*» (ley 7.º Fuero Nuevo) se limita diciendo que la voluntad expresada no ha de ser contraria a la moral o al orden público.

las relaciones contractuales y cuyo abandono a favor de uno de los contratantes requiere por ello, en cada caso, su especial justificación. La moral impone el calificativo de inmoral al pacto leonino. Interpretación del artículo 1.255 que concuerda con el movimiento manifestado en las leyes, que van cambiando el sistema jurídico en la mayor parte de los países; así las que se anuncian en España, sobre condiciones generales de los contratos, defensa de la parte más débil y de protección del consumidor. Ellas habrán de servir de orientación, en cuanto ponen ejemplos de pactos condenables por abusivos o leoninos (288).

VI. LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR Y LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

1. Origen y alcance del movimiento de protección al consumidor.

El llamado Derecho del consumidor y también de la protección o defensa del consumidor, son términos referidos a algo muy nuevo en el campo del Derecho. Su moderna acogida general y entusiasta ha hecho dudar sobre su fundamento y arraigo y decir que se trata de una «nueva moda jurídica». Mas parece debido advertir aquí y desde un principio, que no se está ante unas tendencias pasajeras, sin raíces, como son las de las modas. Antes bien, ha de admitirse que en Dere-

(288) A ello puede conducir también el llamado principio de la interpretación de las leyes, de todo el ordenamiento jurídico, conforme a la Constitución de 1978 (sobre ello, GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma jurídica*, en este ANUARIO, XXXII-II-III (abril-septiembre 1979), páginas 327-333. Lo que supondría que el artículo 1.255 deberá ser interpretado inspirándose en los principios constitucionales. Así, al menos, han procedido algunos autores extranjeros, respecto al principio de la autonomía de la voluntad, utilizando lo dicho en las Constituciones de Italia y de Alemania Federal.

El principio de la autonomía de la voluntad puede entenderse reconocido al decir la Constitución que son fundamento del orden político y de la paz social: «el libre desarrollo de la personalidad» (art. 11,3) y que «se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» (art. 38). También cabe entenderse que reconocen límites intrínsecos a la autonomía, cuando se establece que a los poderes públicos corresponde promover las condiciones para que la igualdad del individuo «sean reales y efectivas» (art. 9.º) y que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios (art. 51).

En todo caso, apoyarse en textos de la Constitución, para interpretar un precepto concreto del Código civil, sería caminar sobre tierra movediza. La generalidad e inconcreción de sus artículos, nacidos de diferentes y hasta de contradictorias aspiraciones políticas, no facilitan la interpretación, sino que más bien son causa de confusiones. En la Constitución, nos encontramos una disposición en la que se ordena que «la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos estén informados por los principios reconocidos por la Constitución; pero no se refiere a todos los principios constitucionales, sino tan sólo a los reconocidos en el capítulo 3.º; y todavía se estrecha más la función informadora del texto constitucional, al terminar diciendo que aquellos principios rectores de la política social y económica, «Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollan» (art. 53,3).

cho Privado ha sido un movimiento renovador del Derecho, o mejor dicho de un retorno al atender la naturaleza propia, tradicional, del contrato, desconocida por la concepción liberal, prevalente hasta ahora.

Se trata sin dudas, eso sí, de algo nuevo en el campo del Derecho moderno. Se ha podido observar, en contra de su novedad, que en los Códigos civiles se encuentran reglas de protección, teniendo en cuenta la condición débil de ciertas personas (menores, mujeres, incapacitados) o que están en ciertas situaciones de inferioridad (error, ignorancia, dolo, violencia). Mas la novedad reside en que lo que se tiene en cuenta es la condición de consumidor, de cualquier consumidor, como parte presumiblemente débil en los contratos, dada la prepotencia actual de los empresarios.

Suele hasta techarse el nacer del movimiento; en el día 19 de marzo de 1962, en el que se diera a conocer el Mensaje Especial del Presidente John F. Kennedy al Congreso, sobre Protección de los Intereses de los Consumidores. Con brillante pathos retórico, se muestra que la defensa del consumidor es algo que atañe, personal, directamente, a cada uno de nosotros, y que a la vez importa a la misma comunidad nacional (289). Referencia al inicio del movimiento, que si bien no sea exacta históricamente (290), se explica o justifica, además de por el valor persuasivo y lo detallado del Mensaje por el significado ejemplar de los Estados Unidos en el mundo del capitalismo. La Sociedad Norteamericana, superindustrializada, será terreno bien abonado para la expansión del movimiento. La urgencia vital de las empresas de fomentar el consumo en continuado crecimiento, la publicidad a su servicio, la predicada agresividad de las prácticas comerciales, junto a la masificación y lo apresurado del vivir moderno, hacen del consumidor presa inerme de los medios de propaganda, de los formularios y cláusulas de exoneración de responsabilidad de las empresas y de mil fraudes. Situación escandalosa del mercado, que clama por su remedio. Ello hubo de ser atendido no sólo en la doctrina, sino también en los programas políticos. Más que por su intrínseca justicia, como hábil señuelo utilizable en las campañas electorales. Se ofrece protección a cada uno de los votantes, en cuanto consumidor y no se ame-

(289) Comienza diciendo el término «consumidores, por definición, nos incluye a todos», los dos tercios de lo que se gasta en la economía lo es por los consumidores, único grupo social no organizado. «Si a los consumidores se les ofrecen productos inferiores, si los precios son exorbitantes, si las medicinas son peligrosas o ineficaces, si el consumidor no tiene posibilidad de elegir en base a una adecuada información, entonces se despilfarra su dólar y su salud y su seguridad quedan amenazadas y sufre el interés nacional». Se enumeran con detalle y extensamente los derechos del consumidor, los medios con los que se pueden fortalecer los programas existentes y en detalle todo lo requerido para una protección efectiva de sus intereses. *Special Message to the Congress on Protecting the Consumers Interest*, recogido por V. HIPPEL, *Verbraucherschutz*, Tübingen, 1979, págs. 225-234.

(290) Pudiendo citarse a este efecto, como anteriores, la Asociación de Consumidores en Alemania Federal en 1960 y en Gran Bretaña los trabajos de la Comisión para mayor protección de los consumidores (desde 1959).

naza a ningún grupo empresarial, dado lo inconcreto de las promesas y lo poco efectivo de las medidas primeramente programadas (291).

El hecho es que el movimiento se extiende como el fuego en un reguero de pólvora (291 bis). Se crean asociaciones, se escriben artículos y libros, se editan revistas y se dictan disposiciones legales para la protección de los consumidores. Pueden citarse especialmente como ejemplo las leyes promulgadas en Gran Bretaña (292), Japón (293), Alemania Federal (294), Méjico (295), Venezuela (296), Francia (297) y Austria (298), en las que su título y finalidad muestran claramente su propósito amparar al consumidor frente abusos de empresas o de profesionales (299). Disposiciones a las que se pudieran añadir las ya

(291) La reacción contra dicho movimiento se produce, cuando se proponen medidas que suponen un peligro inmediato para los empresarios. En los Estados Unidos, después de Kennedy, los presidentes Johnson, Nixon y Ford hacen, sin oposición, elocuentes declaraciones en favor de los consumidores; pero cuando el presidente Carter trata de crear una «Agency for Consumer Advocacy», fracasará su propuesta, por la oposición del «lobby» de los empresarios.

(291 bis) Cuidada bibliografía sobre su repercusión en la doctrina y las leyes, POLO (Eduardo), *La protección del consumidor en el Derecho privado*, en Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo, Madrid, 1981, pág. 817 y siguientes.

(292) En base de los trabajos preparatorios de la Comisión oficial para la protección de los consumidores, presidida por Malony, y el «Final report of the Comity on Consumer Protection de 1962», se decretan «Fair Trading Act» de 1973 y «Unfair Trading Act» 1977, texto de esta Ley en inglés y traducción al italiano en ALPA, *Controllo legislativo e controllo giudiziale dei contratti standard. II modello del «Unfair Trading Act» 1977*, en *Le condizioni generali di contratto*, a cura di C. Massimo Bianca, Milano, 1979, páginas 295-325.

(293) Ley de Bases de 30 de mayo 1968 sobre Protección de Consumidores; texto traducido al alemán, en VON HIPPEL, *Verbraucherschutz*, Tübingen, 1979, páginas 253-258. También puede señalarse la Ley 17 de julio 1971, sobre Protección del Consumidor, de Quebec, citada por JACOBY, en *Travaux*, de la Association-Henri Capitant citados, XXIV, pág. 71.

(294) La ley alemana sobre las Condiciones generales de los negocios jurídicos de 1976 (en vigor desde 1 de abril 1977) nace de los estudios y proyectos del grupo de trabajo para la mejora de la protección del consumidor último, frente a las condiciones generales de los contratos. Sobre otras medidas para la protección del consumidor, VON HIPPEL, loc. cit., págs. 239 y siguientes.

(295) Ley Federal sobre la Protección del Consumidor, de 18 de diciembre 1978.

(296) Ley para la Protección del Consumidor, de 5 de diciembre 1974.

(297) La Ley sobre la Protección e Información del Consumidor, 10 enero 1978.

(298) Ley Federal de 8 marzo 1979, con las disposiciones para protección del consumidor («Konsumentenschutzgesetz», citado como K.Sch.G.).

(299) En los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia) la protección del consumidor se centra en la figura del «Ombudsman» del consumidor; además de existir leyes de ventas a los consumidores en Suecia, Finlandia y Noruega (aunque no en Dinamarca), LANDO, *Le clause contrattuali injusti nel diritto dei paesi nordici*, en *Le condizioni generali di contratto*, a cura di C. Massimo Bianca, Milano, 1979, págs. 261-267; JORGENSEN, *Unreasonable conditions in Nordic Law*, J. of Buss. Law, 1975, págs. 323 y sig.; VANDERVELD, *Les moyens d'action des consommateurs en face des prac-*

antes mencionadas de protección respecto a los contratos de adhesión, cláusulas generales y contratos especialmente peligrosos o aptos para el fácil engaño del consumidor. Alcance general del movimiento, que recibe solemne confirmación en las repetidas declaraciones, resoluciones, recomendaciones del Consejo de Europa, de la Comunidad Europea y de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (300). En fin, logrará su máxima dignidad formal, al ser acogido en los textos constitucionales (301). La Constitución española de 1978 establece: Artículo 51, «1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios. Fomentarán las organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos en los términos que la ley establezca. 3. En el marco de los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales» (302).

El artículo 51 de la Constitución, es el último del capítulo tercero del título primero, es decir «De los principios rectores de la política social y económica», consagrado a mencionar los fines deseables de la actuación de los poderes públicos (303); como todo el capítulo, ofrece su propia vaguedad e inconcreción. Deja sin contestar las dos preguntas inevitables, para saber qué se dice en serio, cuando se habla de la protección del consumidor: ¿a qué materias se extiende la protección? ¿qué significado tiene el término de consumidor?

tiques commerciales abusives, Genève, 1979, otras citas en *El arbitraje*, cit., página 683, nota 227.

(300) Pueden verse las referencias a las mismas en *El Arbitraje*, citado, páginas 364-365, y en VON HIPPEL, *Der Schutz des Verbraucher von unlauteren allgemeinen Geschäftsbedingungen in den EG-Staaten*, *Rabels Z.* 41 (1977-2), págs. 235-280, y en *Verbraucherschutz*, citado, págs. 308-360.

(301) La Constitución portuguesa de 2 de abril 1976, en su artículo 81 dice que corresponde al Estado «proteger al consumidor, especialmente mediante el apoyo o la creación de cooperativas y asociaciones de consumidores», cita de POLO (Eduardo), *La protección del consumidor en el derecho privado*, Madrid, 1980, pág. 62, nota 37, i.f. En el Proyecto de la Comisión de Expertos para la preparación de una revisión total de la Constitución Federal de la Confederación suiza (1977, su artículo 33, dice: «Protección de los consumidores. La Ley protege los consumidores y limita la publicidad».

(302) Sobre antecedentes y elaboración del artículo 51, BERCOVITZ (Alberto), *La protección de los consumidores. La constitución española y el derecho mercantil. Lecturas sobre la Constitución española*, Madrid, 1978, páginas 12-16.

(303) El Defensor del Pueblo habrá de ser designado para la defensa de los derechos comprendidos en este título (art. 54 Const.), entre ellos habrán de estar los de la defensa de los consumidores y usuarios.

Conforme a la Ley Orgánica, 6 abril 1982, puede el Defensor supervisar la actividad de la Administración (art. 1.º), pudiendo dirigirse a él todo consumidor o usuario que invoque un interés legítimo (art. 10). Convendría que en el Reglamento se precisase esta facultad.

2. Contenido de la defensa del consumidor.

Respecto al ámbito al que se puede extender la protección, se distingue entre la protección indirecta y la protección directa. La protección indirecta alcanza todo el hacer de los poderes públicos y en especial a la ordenación del mercado interior, libertad de la competencia, regulación de monopolios, política de precios, regulación de importaciones, vigilancia de las sociedades multinacionales y tantas otras materias semejantes. Aspecto macroeconómico de la política de los Gobiernos, aunque de doble filo, porque también puede y suele utilizarse en protección de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, en defensa de la productividad, por exigencias de la economía en general, y, en su caso, de la planificación (art. 38 de la Const.); todo lo que naturalmente puede resultar en perjuicio de los consumidores.

La protección directa se concibe como realizada mediante la atribución de derechos concretos en favor del consumidor. Una declaración sobre el contenido de los derechos del consumidor se encuentra ya en el influyente mensaje del presidente Kennedy. En éste se dice que los derechos que el Gobierno ha de garantizar son:

1. El derecho a la seguridad; a ser protegido frente a la puesta en el mercado de mercancías peligrosas para la salud o la vida.

2. El derecho a ser informado; a ser protegido frente a información, anuncios, rotulación y otras prácticas fraudulentas, dolosas, engañosas, y a que se le ofrezcan los datos necesarios para estar informado de lo que se elige.

3. El derecho a elegir; el que se le asegure, en cuanto sea posible, que le sea asequible una variedad de productos a precios competitivos; y en aquellas industrias en que la competencia no es posible y se le ha sustituido por una regulación administrativa, que se le asegure una calidad satisfactoria y servicios a precios razonables.

4. El derecho a ser oído; asegurar que los intereses del consumidor recibirán una plena y favorable consideración en la planificación de la política del Gobierno y un trato rápido y favorable en los Tribunales Administrativos (304).

En el Consejo de Europa, la Asamblea Consultiva, sobre una Carta para la Protección de los Consumidores, de 17 de mayo de 1973, declara los siguientes derechos de los consumidores:

A. Derecho de los consumidores a la protección y asistencia.

a) Protección frente al daño físico ocasionado por productos peligrosos.

b) Protección frente al daño de los intereses económicos del consumidor.

B. Derecho a la reparación frente al daño.

C. Derecho del consumidor a la información.

D. Derecho del consumidor a ser instruido.

E. Derecho a ser representado y oído.

Bajo el apartado b) de la letra A, se dice que el consumidor *individual*, habrá de ser protegido, frente al abuso de poder del proveedor de géneros, servicios y en especial respecto a los contratos unilaterales por formularios, de la exclusión de derechos legales esenciales en los contratos, de la exigencia de pago por géneros no solicitados y de métodos de venta agresivos que no permitan al consumidor una consideración razonable de los términos de las ventas (305).

Estas enumeraciones orientadoras, han hecho pensar en la posibilidad y utilidad de estudiar conjuntamente todos los llamados derechos del consumidor, bajo el título de Protección del Consumidor o Derecho del consumo; lo que ha permitido decir «todo, hoy día, es derecho del consumidor» (305 bis) y hasta concluir que su estudio habría de ser considerado con la dignidad de un Derecho especial o de una particular rama del Derecho (306). Esta pretensión ha suscitado críticas más o menos duras, por lo heterogéneo de las materias en las que se tiene o puede tenerse en cuenta la protección del consumidor (307). Con ello, se viene a plantear la cuestión de elegir el sistema o la mejor manera de ordenar la materia y las cuestiones que ella suscita, para conocerla y regularla lo más adecuadamente posible. No parece sea condenable la tendencia de tratar conjuntamente todas las reglas que se refieran a la condición jurídica de las personas en una determinada si-

(305) En la Resolución del Consejo de 14 abril 1975, sobre un primer Programa de la Comunidad para una Política para la Protección e Instrucción de los Consumidores, se enumeran como sus derechos fundamentales: el derecho a su salud, el derecho a la indemnización de los daños sufridos, el derecho a la información e instrucción, el derecho a estar representado (derecho a ser oído).

(305 bis) POLO (Eduardo), *La protección del Consumidor en el Derecho Privado*, Madrid, 1980, enumera los siguientes derechos: derecho a la salud, a la seguridad, defensa respecto de la publicidad engañosa, exigir cantidad y cualidad pactada, información sobre los productos, servicios, contenido de los contratos y medios de protección, defensa, libertad de elección e igualdad de contratación, derecho a intervenir en la fijación del contenido de los contratos, de no someterse a cláusulas abusivas, reclamar judicialmente por incumplimiento o cumplimiento defectuoso, indemnización, asociarse para la protección de intereses, voz y voto en negociaciones cuyas decisiones les afecten, como usuarios de servicios públicos, como usuarios del medio ambiente, pág. 23.

(306) Así lo indica SCHRICKER en su reseña al libro de VON HIPPEL, *Verbraucherschutz* en *Rabels Z.* 41 (1977-2), págs. 402.

(307) BAUMAIN, *Droit de la consommation*, s.d. (1976), comienza su libro recordando los términos en que Bihl lo describe: «reglas dispares, de origen diverso, de textos específicos recientes y textos antiguos, forzados y torpes, de construcciones jurisprudenciales y de análisis doctrinales, refiriéndose en cada caso al Derecho civil, Derecho comercial y al Derecho penal», pág. 1. En semejante sentido, CORNU, *Rapport sur la protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français*, en *Travaux de l'Association Henri Capitant, Protection du consommateur*, XXIV, París, 1975, págs. 132-134; POLO (Eduardo), dice dudar sobre la conveniencia metodológica de una disciplina que agrupe y ordene la protección del consumidor, *La protección del consumidor en el Derecho mercantil*, Madrid, 1980, pág. 23; BERLIOZ dice que el derecho del consumo no debe constituir «un conjunto heteróclito de leyes oportunistas de protección, que constituyen un peligroso dédalo de prohibiciones y reglamentación», *Le contrat d'adhésion*, 2.ª ed., París, 1976, pág. 202.

tuación social (308); mas tampoco habrá que desconocer las ventajas de estudiar las disposiciones que atañen al consumidor, dentro del sistema propio de las reglas de la misma naturaleza, conforme a las clasificaciones tradicionales (civil, mercantil, penal, administrativo, fiscal).

Se prefiera seguir uno u otro sistema, parece útil hacer una distinción de los llamados derechos del consumidor, en la lista que ofrece el Consejo de Europa. De un lado, se encuentran aquellos que se afirman como debidos por los poderes públicos a todo el pueblo, los que habrán de ser reconocidos y amparados por normas de Derecho público; son los más llamativos, necesarios y de mayor posible eficacia práctica; son también los proclamados en el Mensaje Especial del presidente Kennedy. De otro lado, se ha considerado la protección debida a cada consumidor, al «consumidor individual» en sus tratos y contratos, a la que se refiere la citada Carta para la Protección de los Consumidores, en el apartado b) de la letra A. Protección que se centra en el Derecho privado y que habrá de manifestarse en disposiciones sobre los contratos de adhesión, las condiciones generales de los contratos y en la condena de las cláusulas abusivas o leoninas (309). De este modo, del conglomerado enorme y heteronéneo de reglas que se denomina Derecho del consumidor (310), se destacan estas otras, más modestas en apariencia, de menor eficacia directa, pero que afectan a los tratos y contratos de todos y de cada día y en las que ha creído verse una verdadera revolución respecto al concepto de autonomía de voluntad.

En el mundo jurídico occidental, el Derecho de obligaciones había llegado, hacia los comienzos del siglo, a una cierta uniformidad, que origina la ilusión de una posible rápida unificación basada en la concepción liberal de las relaciones contractuales. Calma relativa, que de repente viene a romper el movimiento de protección del consumidor. El que origina curiosas y encontradas reacciones.

El punto de vista liberal se nos ofrece sin ambages en la Ponencia General sobre la Protección de los Consumidores, con la que hubo de abrirse la Jornada en Canadá de la «Association Henri Capitant». Con apasionada elocuencia, se califica el nuevo Derecho, de Derecho contestatario, herético, que huele a hoguera; anti-Derecho respecto al anterior, que arroja a los perros la libre contratación, y que mina el principio de la fuerza obligatoria del contrato (310).

(308) Puede ser útil, por ejemplo, considerar la situación de los propietarios, no sólo respecto de cada clase de bienes, sino también teniendo en cuenta las reglas que le atañen sea cualquiera su clase: de Derecho privado, penal, administrativo (derecho urbanístico, expropiación, ordenanzas municipales, servidumbres públicas), fiscales, etc., etc.

(309) En los proyectos para la ley francesa de 19 enero 1978 se empleaba la frase «cláusula leonina», después se le suprime y se le sustituye por la de «cláusulas abusiva» por entender que aquella era sólo apropiada respecto a la sociedad y a la división de la cosa común. El uso de la lengua española permite utilizarla respecto de toda falta de equidad resultante de que todas las ventajas están en favor de una de las partes.

(310) BAUDOUIN, *Rapport général. Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, XXIV, *Protección de Consummateurs*, París, 1975, pág. 5. Señala sus peligros: ver consumidores por to-

Lamentaciones éstas, temores y vaticinios que no paran el movimiento de protección del consumidor. Con impulso de cruzada, se impone en la política legislativa de varios países, conquista las Organizaciones internacionales, y, lo que es más notable, origina un cambio impresionante en buena parte de la doctrina mercantilista; la misma que antes afirmara la existencia de un Derecho autónomo de los comerciantes y que basara el Derecho comercial en la empresa, entiende ahora que ha de atenerse con preferencia a la tutela y protección de los consumidores (311).

3. *Definición restrictiva del consumidor.*

El movimiento de protección del consumidor en el ámbito de la contratación, ha suscitado la cuestión previa de a quien ha de considerarse consumidor para que merezca la especial protección legal. Pregunta importante no sólo para saber el alcance de dicho término, sino sobre todo como indicio de la política legislativa, seguida en las disposiciones que la emplean.

En la Carta de Protección del Consumidor del Consejo de Europa (17-5-1973) ya se dice: «consumidor es una persona física o jurídica a la que se proporcionan géneros y servicios para su uso privado» (A.1). Los autores la han seguido y definen al consumidor, por ejemplo, como «adquirente no profesional de bienes de consumo, destinados a su uso personal», como adquirente en cuanto persona privada, para satisfacción de «necesidades privadas», refiriéndose también «al consumidor final» o limitándolo al consumidor final de bienes y servicios para uso privado (312). La Ley francesa de 10 de enero 1978 («Sur la protection

das partes, protegerlos, a pesar suyo, paralizar quizá el desarrollo de ciertos sectores comerciales, pág. 6; profetiza que cuando todo el Derecho tradicional se haya absorbido por el Derecho de la protección del consumidor, habrá que celebrar otras jornadas para redescubrir las virtudes del consensualismo de la libre contratación y de la fuerza de los contratos, pág. 15.

(311) GARRIGUES, *En torno a la reforma del Derecho mercantil*, Documento Universidad-Empresa, Madrid, 1979, pág. 23, también pág. 27 y toda la conferencia en general, POLO (Antonio), *Reflexiones sobre la reforma del ordenamiento jurídico mercantil*, publicado en Homenaje a Rodrigo Uria, Madrid, 1978, pág. 616; POLO (Eduardo), *La protección del consumidor en Derecho mercantil*, Madrid, 1980, «passim» y en especial pág. 23; GÓMEZ SEGADÉ, *Notas sobre el Derecho de información del consumidor*, Rev. jur. de Cataluña, julio-septiembre, 1980, pág. 701 (p. 141). Los textos de dichos trabajos citados, de Garrigues, Polo (Antonio) v Polo (Eduardo), se recogen en *El arbitraje*, loc. cit. en este ANUARIO, 1979, pág. 724.

(312) Así, CORNU, *Rapport sur la protection du consommateur et l'exécution du contrat*, en *Travaux de l'Association Henri Capitant*, citados, XXIV, página 135, BERCOVITZ, loc. cit., págs. 17 y 18; POLO (Eduardo), loc. cit., página 28, con citas en nota 25. También en *Homenaje al Profesor Antonio Polo*, antes citado, pág. 829; JACOBY, loc. cit., menciona la Ley de Quebec, de protección al consumidor (art. 1.º, § 57), que lo define: toda persona física parte de un contrato que tenga otra cualidad que la de comerciante.

Conforme al Derecho norteamericano, se entiende por consumidor el comprador de productos de consumo que sea adquirente con otro propósito que el de revenderlo y toda otra persona a la que sea transferido el pro-

et l'information des consommateurs») determina el ámbito de su aplicación diciendo que trata de «los contratos concluidos entre profesionales y no profesionales o consumidores (art. 35). La Ley Federal de 8 de marzo de 1979, de la República Austriaca, define el alcance de la protección del consumidor diciendo que la Ley se aplica a los negocios jurídicos celebrados entre aquel para quien el negocio corresponde a la actividad de su empresa (aquí llamado empresario) y de otra parte con alguien a quien esto no se aplica (llamado consumidor)». (§ 1,1) (313).

—4. La astucia de las definiciones restrictivas.

En estas y otras definiciones semejantes, se observará el propósito de restringir el concepto del consumidor, estrechando así el número de personas protegidas. Ellas han podido explicarse por el deseo de precisar el concepto de consumidor, en búsqueda de su exactitud; más tienen un efecto quizá inesperado, el de abandonar el propósito inicial del movimiento de protección del consumidor. En el mensaje del presidente Kennedy, se pedía la protección de todo consumidor, sin distinción alguna de personas. Por el contrario, en las definiciones antes citadas, se excluyen a empresarios o a empresarios y profesionales de la protección, aunque unos y otros tengan la condición de consumidores. De este modo, se ha venido a crear una clase especial de protegidos (314), con la consecuencia de que a los demás (empresarios y profesionales) se les niega el favor de las leyes de protección («beneficium odiosum») y así se llega al resultado de que, en los contratos entre profesionales y empresarios, habrán de considerarse válidos incluso los

ducto durante la duración de una garantía implícita o escrita, ALPPA, *Contratti di massa, clause de garantie e informazione di consumatori* (Appunti sul Magnuson Moss Warranty Act, 1975), en *Condizioni generali di contratto, a cura de Massimo Bianca*, Milano, 1979, pág. 215. En derecho británico se refiere como contrato con un consumidor, cuando el contrato no se ha hecho en el curso de negocios, mientras la otra parte haya procedido en el curso de los suyos privados; si se trata de venta o arrendamiento-venta, que los bienes se provean para uso privado, o de consumo, y sean de uso ordinario, ANSON, *Law of contract*, 25 ed., by Guest, 1979, pág. 189. En Francia, GHESTIN, define al consumidor «la persona que para sus necesidades personales, no profesionales, es parte de un contrato para proveerse de bienes o servicios, loc. cit., § 59, pág. 36.

(313) Definición que se completa, agregando que a los efectos de dicho párrafo se entiende por empresa la organización independiente, establecida para una actividad económica duradera, aunque no sea de carácter lucrativo. Las personas jurídicas de Derecho público se consideran siempre como empresas, § 1 (2).

(314) Pudiera pensarse que se trate de otra creación de una falsa clase social (no sociológica). A la manera de la de los arrendatarios, faciloni y populachera; la que por falta de discriminación entre los supuestos, sea creadora de llamativas situaciones de injusticia (se ha podido citar el caso del multimillonario gozando de piso de lujo y viuda propietaria sumida en la miseria); criterios que en el fondo resultan contrarios al principio de igualdad proclamado en los artículos 9.2 y 14 de la Constitución; sin las oportunas matizaciones.

pactos leoninos que en aquéllos se incluyan, aunque los tales pactos estén condenados por las leyes de protección al consumidor (315).

Como se columbra de lo dicho, lo que nos importa de las citadas definiciones, no es su mayor o menor acierto verbal, lo que aquí interesa es el que ellas sean o puedan entenderse como signo de que las normas sobre la protección del consumidor resulten ser un retroceso e involución de la antes descrita tendencia hacia el abandono de la concepción liberal de la autonomía de la voluntad.

Para conocer el alcance y significado de tales definiciones, convenirá tener presentes su origen y desarrollo. Cuando se formulan las primeras definiciones restrictivas sobre el consumidor, existía ya una práctica y una doctrina bastante consolidada respecto a la protección de la parte débil en los contratos. Los casos que la determinan, los que llegan ante los tribunales y requieren la atención de la doctrina, son precisamente aquellos contratos entre dos empresarios, en el que uno impone al otro condiciones abusivas, explotando su mayor poder económico o su dominio del mercado (316). Por el contrario, en la práctica judicial no se advierten casos en que alguien, adquirente de bienes para su consumo personal, demande a un empresario por haberle impuesto condiciones abusivas (317).

Las nuevas disposiciones y recomendaciones sobre protección del consumidor, en las que se utilizan definiciones restrictivas del consumidor, resultan sin alcance práctico efectivo: ya que la protección se concede a favor de personas que, por su misma situación de debilidad no solicitan, ni probablemente solicitarán amparo ante los Tribunales y, en cambio, se excluye de su regulación a los empresarios y profesionales; con lo que además se debilita la lucha contra los pactos leoninos, creando hasta la apariencia de que éstos son permitidos en los contratos entre empresarios.

¿Cómo y porqué se ha llegado a este sorprendente resultado? Sin excesivo atrevimiento, cabe aventurar una hipótesis que nos lo podrá explicar; la de que existe una cobertura de matiz jurídico y una infraestructura de naturaleza socio-política.

La idea simplista del contrato, tanto en los sistemas primitivos del

(315) Conclusión a la que abonaría el criterio de la regla «inclusio unius, exclusio alterius».

(316) Ya en el momento de la redacción del Código alemán, hubo de preocupar la condición de los contratos de suministros de cervezas y más tarde los de otros semejantes suministros; por ejemplo, de electricidad, de automáticos, de películas, en las que se imponen pactos leoninos; se condenan los contratos mordaza («Knebelungsverträge») y otros semejantes entre empresarios, ya que repugnaban a las buenas costumbres. En Francia, del mismo modo y no obstante la citada Ley sobre la protección y la información de los consumidores (10 enero 1978) se plantean ante sus Tribunales y estudian los autores numerosos casos de desigualdad entre empresas de producción y empresas de distribución, especialmente en los contratos llamados de integración; puede verse su referencia en GHESTIN, *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat*, 1980, § 58, págs. 34 y siguientes.

(317) Alguna excepción puede darse, como en el caso señalado en la nota 251. Sobre este mismo caso, Comp. nota 332.

formalismo como en los de los contratos abstractos, gratos al capitalismo, lleva consigo la consecuencia de que cada contratante ha de atenerse a lo declarado en el texto del contrato, pues el Derecho no protege a los descuidados o desprevenidos (318); cada contratante ha de pechar con las consecuencias de su falta de discreción, al firmar una cláusula que le perjudica, pues así lo exige la seguridad del tráfico. Ese duro criterio se dulcifica pronto, en favor de menores e incapaces, en razón de que su descuido no puede calificarse de culpable. Esta excepción se dice o se piensa que puede o debe extenderse, en la sociedad de consumo, al consumidor, que en ella está como ignorante, indefenso, seducible, a la manera del niño, frente a las añagazas de la publicidad engañosa; sin facultad de elección, para satisfacer sus necesidades reales o artificialmente creadas. Mas estos motivos de excepcional protección —puede agregarse— no alcanzan al empresario o al profesional, quienes no la merecen al ser, por definición, peritos en su oficio (319).

Antes de continuar estas observaciones sea permitido advertir que tal razonamiento contiene un error de enfoque. Quien firma, cerrando los ojos, una cláusula leonina o abusiva, no lo hace en general por falta de diligencia, sino por necesidad. Sabe, como todo el mundo, que si ha de obtener la mercancía o servicio que desea o necesita, tiene que aceptar las condiciones que el empresario o profesional exige, ya que el mercado no ofrece otras opciones, dadas las prácticas en él dominantes. Lo que se olvida también es que la situación de necesidad puede darse no sólo entre empresario y consumidor final, sino entre empresarios de mayor y menor poder social.

El movimiento de protección al «consumidor individual» aparece como reacción contra los pactos leoninos, que aquél pueda padecer en sus contratos. La condena de tales pactos hubiera sido natural que se hiciera, siguiendo la línea en que aquel movimiento nació: la de la corriente renovadora del concepto de la autonomía de la voluntad, elaborada por la doctrina y jurisprudencia antes recordada; la que considera nulos los pactos resultantes de la posición dominante de una de las partes, o que no responden al criterio de la «reasonableness», o que pueden ser tachados de «unconsicionableness» o de ser «unbillig». En la Ley de Protección del Consumidor no se hará así, a pretexto de que ello originaría inseguridad en la contratación, se aten-

(318) «Iura diligentibus non dormientibus subveniunt», «ius civile vigilantibus scriptum est». ¿Por qué proteger al débil?; su desventura resulta de su descuido LANDO, *Le clausule contractuali inguste nel Diritto di paesi nordici* en le *Condizioni generali*, a cura di Massimo Bianca, Milano, 1979, página 262.

(319) «Cuiuslibet in arte suo perito est credendum»; idea que concuerda con el dejar que entre a los comerciantes se establezcan pactos no permitidos a otras personas, dada su peligrosidad, así el permitir entre ellos la cláusula compromisaria y la renuncia de la competencia territorial de los tribunales; citas en *El Arbitraje y la lex mercatoria*, loc. cit., págs. 646-647. También en Francia, artículo 48, D. de 5 dic. 1975, sobre renuncia a reglas sobre la competencia de los tribunales.

taría a la confianza en los contratos necesaria al crédito y al comercio, todo lo que reduciría en daño de la economía nacional.

Más que estas observaciones de carácter vago parece ser decisiva la infraestructura socio-política antes mencionada. La propia de «L'Europe des marchands», del movimiento de la «nueva lex mercatoria», la de los grupos de presión («lobbys») de las grandes compañías nacionales y multinacionales, tan influyentes en las comisiones de expertos nacionales e internacionales y en la de los parlamentos nacionales; en todas en las que dominan los intereses económicos sobre toda otra consideración. Pues ocurre que las definiciones restrictivas vienen a favorecer al gran empresario. Del siguiente modo, los por ellas únicos privilegiados como consumidores, los que adquieran algo para su uso personal o doméstico (algún aparato para la casa), si éste no funciona, aunque la «garantía» que le acompaña resulte leonina y sólo en favor del vendedor, no es verosímil que plantee un pleito y que se arriesgue a sus resultados y a los costes de un proceso (320). En cambio, como lo demuestra la práctica judicial, el peligro de reclamaciones judiciales es evidente que se origina corrientemente en los contratos entre comerciantes o profesionales; por ejemplo, en la venta de una cosechadora, de un camión o de un telar; entonces el valor de la máquina justifica correr el riesgo, y la empresa dañada, además, aunque sea menos poderosa, puede contar con una eficaz asesoría jurídica.

En otro orden de cosas, las definiciones restrictivas tienen todavía un poderoso atractivo en el mundo de los políticos, desde el punto de vista de la propaganda electoral. Con tales definiciones del consumidor se origina la imagen de que se ampara a la masa del pueblo, a la de los menos afortunados y siempre desprotegidos, mientras que aparecen como indignos de protección los explotadores por excelencia, los empresarios (321).

Coincidencia de intereses en la infraestructura sociopolítica, en la que aparece la astucia implícita de las definiciones restrictivas, que las han hecho aceptar de modo general y a ojos cerrados por legisladores y autores (322).

5. *Interés de las cuestiones sobre el consumidor para el legislador español.*

España había quedado prácticamente fuera del movimiento de protección al consumidor, salvo en la antes señalada Ley de Represión

(320) Puede verse el apartado «las cláusulas leoninas» (V, 4) y nota 249 y siguientes.; también en nota 331.

(321) La rapidez no habitual de discusión y aprobación de la ley francesa del 10 enero 1978, se ha explicado precisamente por la proximidad de las elecciones legislativas de marzo de 1978, GHESTIN, § 591, págs. 488-489.

(322) Será justo señalar, frente lo dicho, que después de haberse recogido la definición estricta del consumidor (consumidor final), se advierte que la finalidad de la protección del consumidor se extiende a remediar situaciones de desigualdad, incluso, por ejemplo, de empresarios respecto de empresas con posición de dominio en el mercado, BERCOVITZ (Alberto), loc. cit., pág. 18.

de Prácticas Restrictivas de la Competencia. La situación cambia con la Constitución de 1978. Su artículo 51 impone a los Poderes públicos garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, precisando que habrán de hacerlo protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses de los mismos; estos deberes, como el de promover la educación de los consumidores y usuarios, implican que dichos Poderes (Cortes, Gobierno, Administración, Poder judicial), reformen a tal efecto el funcionamiento de la Administración y dicten medidas penales y reglamentarias para regular conforme a dicho marco el comercio interior. Nada se dice expresamente sobre la protección del «consumidor individual», aunque habrá de entenderse aludida en la garantía debida a «los legítimos intereses económicos» de consumidores y usuarios. Con ello se crea un deber de protección a los consumidores en la esfera del Derecho privado y concretamente respecto de la interpretación y aplicación de las normas sobre la contratación. Pues no hay que olvidar que lo dispuesto en el artículo 51 contiene uno de «los principios rectores de la política social y económica del Estado» (323).

El mandato constitucional, lo general del movimiento de protección del consumidor, su entusiasta aceptación por los autores españoles, hacen pensar que pronto deberán dictarse disposiciones sobre la protección del consumidor, en materia de contratación. Entonces habrá de tener en cuenta las soluciones dadas en otras legislaciones, pues ellas pueden servir de enseñanza y guía y también de ejemplo para evitar en su caso equívocos y errores.

Admitida dentro de la enumeración de «derechos y libertades» la «libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» (artículo 38 Const.) surge la pregunta de cómo se entiende dicha libertad y cómo se armoniza ésta con la protección debida a los consumidores, y una y otra con el principio de que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social» (art. 14 Const.) y también con la declaración básica o preliminar de que los poderes públicos han de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos (artículo 9.2 Const.).

Está fuera del contenido de estas notas hacer sugerencias concretas sobre el modo de enfocar la protección legislativa del consumidor, pero será permitido recordar algunas de las enseñanzas que pueden deducirse del ejemplo extranjero, respecto de la realidad española.

(323) Lo dicho puede ponerse en duda, teniendo en cuenta que la Constitución añade que tales principios «sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». Posiblemente habrá que distinguir aquí dos momentos. Cuando existe ley que los desarrolle habrá que alegarlos de acuerdo con lo que ella disponga. Mientras no se dicte tal ley, el principio será operante ante todo para informar la legislación positiva («de lege ferenda») y después para orientar la práctica judicial y toda la actuación de los poderes públicos.

En primer lugar, como ya se ha indicado, sería injusto e inexplicable que se excluyeran a los profesionales (324) y a los empresarios de la protección frente los pactos leoninos, con el resultado absurdo de que puedan ser favorecidos así los grandes empresarios, a costa de las medianas y pequeñas empresas y mediatamente de todos los consumidores. La práctica revela el hecho de ciertas multinacionales, que van dominando el mercado español, mediante contratos con empresas españolas a las que primero se les concede la exclusividad de sus productos, las que luego los introducen y acreditan a su costa, pero que un buen día ven rescindido su contrato y, sin indemnización alguna, pasan la clientela adquirida a una filial de la multinacional creada al efecto; todo ello conforme a los pactos abusivos previamente concertados. Este hecho no es nuevo, ha sido bien conocido por los agricultores en los contratos impuestos a las empresas agrícolas por empresas compradoras, nacionales o extranjeras.

El término consumidor, sólidamente acreditado, ha de entenderse ampliamente no sólo para protección del comprador, sino también del vendedor (325). Un caso llamativo de esta naturaleza hubo de llegar ante el Tribunal de Defensa de la Competencia. En un pueblo andaluz (Castro del Río) un gran empresario de la industria del aceite celebra contratos de compraventa de orujos grasos con varios labradores del término, con pactos de los que resultaba que la fijación del precio quedaba prácticamente a voluntad de aquél; los empresarios agrícolas piden ante el Juzgado de primera instancia de Castro del Río la nulidad de tales contratos. El Juez declara no haber lugar a la nulidad pretendida, pero estimando la posible existencia de prácticas prohibidas, remite testimonio de ciertos particulares al Servicio de Defensa de la Competencia, para que, en su caso, incoase expediente de oficio. Se sigue éste y el Tribunal de Defensa de la Competencia, estimando que la empresa compradora domina prácticamente el mercado y que los vendedores se encuentran en situación de indefensión e inferioridad, declara haber prácticas prohibidas e intima a que el empresario comprador se abstenga en lo sucesivo de utilizarlas (326). Caso que también nos muestra aquí la actual ineficacia de la organización jurídica española, respecto a los pactos abusivos (327).

(324) La referencia a los profesionales de la ley francesa de 1978 ha sido duramente criticada ¿Por qué negar protección al médico dentista frente a los pactos abusivos de la empresa que le vendió la instalación odontológica? Se han explicado estos y otros defectos de técnica por la «prisa indecente» de ver aprobada la ley antes de las elecciones.

(325) La postura de privilegio que se entiende darse en la protección del consumidor, en sentido estricto, ha hecho pensar en la inversión de posturas privilegiadas. Se piensa que se ha sustituido el viejo principio «caveat emptor» por el más progresivo «caveat venditor», GÓMEZ SECADE, *Notas sobre el derecho de información del consumidor*. Rev. Jur. de Cataluña, julio-septiembre 1982, pág. 701.

(326) Sección 1.ª del Tribunal de Defensa de la Competencia, núm. 29, 11 noviembre 1967.

(327) En la actuación de los dos juzgadores se ve la desazón de ambos ante unos pactos evidentemente abusivos. El Juez de Castro del Río no se

Las observaciones hechas no pretenden se abandone el debido entusiasmo por la protección al consumidor, sino advertir que dicha protección se ha de ejercer según convenga en cada rama del Derecho. En la esfera de la contratación, mediante la declaración de la nulidad de todo pacto abusivo, pues ello resultará siempre en protección directa o indirecta del consumidor. Las leyes de protección al consumidor podrán, en todo caso, proporcionar a los jueces orientación y guía para determinar qué pactos han de considerarse abusivos (328).

6. *¿Cómo hacer prácticamente efectiva la protección del consumidor?*

Las leyes, por esmeradas y detallistas que sean, no logran el valor social propuesto mientras no ofrezcan medios para que los particulares puedan lograr su amparo y ello sin excesivo gasto o dificultad; medios que a menudo faltan en las leyes que pretenden originar cambios sociales. Respecto de la protección del consumidor, hubo de distinguirse ya respecto de ella en la Carta del Consejo de Europa, a dos tipos de «derechos».

Los unos que se encomiendan al Derecho público, de amplísima extensión, que comprenden nada menos que a la policía y ordenación del mercado y hasta a la reforma de la burocracia en todos sus grados, con el fin de que la ordenación jurídica esté al servicio del pueblo, consumidor y usuario, y no de unos u otros privilegiados. Deberes encomendados por la Constitución a las Cortes, al Gobierno y a la Administración Pública y cuyo cometido deberá vigilar el Defensor del Pueblo. Aquí no se puede hablar de «derechos» en el sentido técnico, por lo que la doctrina ha preferido tratarlos como «intereses difusos» o «colectivos», pues su amparo escapa del ámbito del Derecho privado (328 bis).

atreve a declarar su nulidad, al no encontrar apoyo en la doctrina, que venía interpretando estrechamente el artículo 1.255 del Código civil (comp. lo dicho antes en V. 6 y sobre nota 288). El Tribunal de Defensa de la Competencia se limita a intimar al comprador a que se abstenga, de utilizar dichas prácticas abusivas, añadiendo que ello se dispone «sin prejuzgar las acciones que por resarcimiento de perjuicios puedan asistir a los interesados, que podrán ventilarse ante la jurisdicción ordinaria del orden civil».

(328) Aconsejable sería, parece, una ley general sobre los contratos, para sancionar los abusivos, como se hizo en la legislación de los países nórdicos o en la británica «Unfair Contracts Terms Act», de 1977, en la que se enumerase cuáles son los pactos considerados especialmente abusivos, como hacen las leyes alemana y austriaca.

(238 bis) El tránsito de «derecho» a «interés protegido», cuya violación puede ser base para una acción, exigiendo su respeto, parece haberse ya dado. Las Secciones Unidas de la «Corte de Cassazione» italianas (S. 5.172 de 6 octubre 1979) reconoce que el Juez Ordinario ha de amparar el derecho inviolable del individuo a su salud y a la sanidad del ambiente en que vive, contra toda iniciativa perjudicial, ya provenga de un empresario privado o de la Administración Pública, cita de NOVELLI, *Civiltà industriale e Corte di Cassazione*, en *Temì della cultura giuridica contemporanea*, Padova, 1981, pág. 93. Comp. *La tutela degli interessi difusi nel Diritto comparato, con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori. Racolta a cura di A. Gambazo*, Milano, 1976.

Los otros «derechos» mencionados en la citada Carta del Consejo de Europa, es decir, los atribuidos al «consumidor individual», entran plenamente en la esfera del Derecho privado, ya que se refieren a la protección frente al abuso de la libertad de contratar, realizado por un contratante en daño de otro. El cometido de declarar la ineficacia de los pactos abusivos o leoninos habrá de ser, por tanto, atribuido normalmente a la jurisdicción ordinaria, ante la que se podrán ejercitar las acciones correspondientes a solicitud del contratante que se estime perjudicado. Lo que, sin embargo, ha chocado con graves dificultades en la práctica y de distinta naturaleza.

De una parte se ha observado que hay que tener presentes los intereses del libre mercado. Al proyectarse en Francia la Ley, que después se denominaría de «La protección e información de los consumidores», se piensa encomendar a los jueces el cuidado de precisar, en cada caso, cuándo una cláusula merecía ser declarada nula por abusiva, conforme a las directrices de la Ley (329). Tal proyecto será criticado en el Parlamento y, en fin, desechado, alegándose que iba contra la seguridad de los contratos y del crédito en general. Se prefiere, al arbitrio judicial, dejar en manos de la Administración el declarar qué cláusulas son abusivas; poder que se confiere al Consejo de Estado, quien puede dictar Decretos, previo informe de la «Comisión de las cláusulas abusivas», declarando a ciertas cláusulas como prohibidas, limitadas o reglamentadas (330). Se ha preferido así al criterio judicial, jurídico y objetivo, el de la Administración, que normalmente estará determinado por consideraciones económicas y políticas (331).

De otra parte preocupa el cómo hacer eficaz la protección del «consumidor final» o doméstico, en cada caso, teniendo en cuenta su situación de inferioridad social respecto del empresario que abuse; la que, en general, resulta ser un obstáculo insuperable para reclamar administrativa o judicialmente (332).

(329) La ley define como abusivas las cláusulas que «aparecen impuestas a los no profesionales o consumidores, por un abuso de poder económico de la otra parte y que confieren a ésta una ventaja excesiva» (art. 35).

(330) Artículos 35 y 36. En el Proyecto se había previsto una intervención preventiva y general de la «Comisión de Cláusulas Abusivas», para recomendar la supresión en los contratos tipos de las cláusulas tenidas por abusivas. En el caso de ser desoída dicha recomendación se preveía la posibilidad de que se prohibiesen por Decreto tal tipo de cláusulas.

(331) En favor de esta solución se invoca la incertidumbre que reinaría hasta que se consolidase la jurisprudencia y la consiguiente duda sobre qué cláusulas serían consideradas abusivas. Dificultad de hecho no superada por los Decretos y sólo retardada, como lo muestra la perplejidad general de los profesionales respecto a la interpretación del primer Decreto dictado por el Consejo de Estado. GHESTIN, loc. cit., § 604, pág. 501.

(332) Sobre ello, lo dicho en nota 320. El caso citado en nota 251 puede considerarse excepcional, se explica por la alta situación económica del perjudicado, que pudo preferir arriesgar las costas de un largo pleito a ser burlado por la mala fe y desconsideración de la casa de limpieza; quien además pudo disponer de excelentes abogados y que tuvo la suerte que juzgara el caso un juez tan ilustrado y valiente como Lord Dennigg.

Para salvar esta dificultad en varios países se han creado órganos administrativos especializados para su especial protección. Así, por ejemplo, en Estados Unidos, la «Federal Trade Commission», en Inglaterra, el «Director of Fair Trading» y el «Consumer Protection Advisory Committee», en Suecia, el «Konsumentenombudsmen» y el Tribunal de Mercado (333).

También se ha pensado en la atribución de acciones a ciertos organismos para que actúen a favor de los consumidores («Class actions»), y ello no sólo en los Estados Unidos (334). Así la Ley alemana sobre las Condiciones Generales de los Negocios, la que entre otras organizaciones autoriza al efecto a las asociaciones que tienen por fin la protección de los intereses de los consumidores para pedir el cese o la revocación de ciertas cláusulas declaradas ineficaces (§ 13) y también en la Ley austriaca para la protección de los consumidores se autoriza, entre otras, a la Asociación para la información de los consumidores para pedir el cese de las condiciones de los contratos prohibidos por la Ley o que sean contra las buenas costumbres (§§ 28 y 29).

Admitir una acción colectiva (la «Verbandsklage» de la Ley austriaca), atribuida a las Asociaciones de Consumidores, ofrece las posibilidades de salvar la dificultad de la práctica renuncia a sus derechos del «consumidor individual», consciente de su debilidad o impotencia para reclamar judicialmente contra las cláusulas abusivas.

No ha de ocultarse que tal acción tropieza con dos obstáculos para su debido ejercicio. El previo, respecto de la conducta de las Asociaciones de consumidores, es necesario que ofrezcan la debida confianza, es decir, asegurarse de que no se haga un uso abusivo de ellas, desviándolas de su fin de servir a los intereses de los consumidores (335). El otro obstáculo, el de que dichas Asociaciones, como la

(333) En Suecia, se nos dice, existen seis Ombudsmen; tres parlamentarios (incluso sobre materia militar); para la libertad económica (concurrentia) para la prensa (quejas de particulares) y para los consumidores. Este se ocupa de prácticas del mercado, recepción de quejas de particulares, negociaciones con industriales y comerciantes, información de empresas y consumidores. También en Dinamarca existe el Ombudsmen. VANDERVELD, *Les moyens d'action des consommateurs face aux pratiques commerciales abusives. Etude de droit comparé*, Gêneve, 1979, págs. 150-192.

(334) VANDERVELD, loc. cit., págs. 10 y 11; ALPA, *Contratti di massa, clausole di garanzia e informazione dei consumatori (Appunti sul Magnuson-Moss Warranty Act, 1975)*, en *Le condizioni generali di contratto, a cura di C. Massimo Bianca*, Milano, 1979, págs. 223 y siguientes.

(335) La debida organización de las Asociaciones de consumidores puede ser decisiva para la protección de éstos; sobre lo realizado en Alemania, en otros países y sobre las uniones internacionales existentes, HIPPEL, *Verbraucherschutz*, Tübingen, 1979, págs. 104-109. No puede silenciarse que también se advierte y refiriéndose a la misma experiencia alemana, el peligro del mal uso de las asociaciones que puedan estar al servicio de empresas más potentes o ser asociaciones «comodín». VANDERVELD, loc. cit., págs. 50-53, sobre remedios en la jurisprudencia, págs. 53-56; sobre requisitos para su legitimación en proyecto de ley, págs. 56-57. TROCKER, *La tutela giurisdizionale degli interessi difusi, con particolare riguardo alla protezione dei consumatori contra atti di concorrenza sleale. Analisi comparativo de l'esperienza tedesca*,

intervención de órganos de la Administración, se limitan en general sólo a la denuncia y condena de las cláusulas abusivas que aparecen en las condiciones generales publicadas (336).

De lo dicho pudiera llegarse a la conclusión desesperanzadora de que no se encuentran recursos adecuados para la protección de quien más la necesita, del consumidor «final», cuando en cada caso es víctima de una cláusula leonina. Sin ocultar lo arduo de la tarea, puede pensarse en la posibilidad no fácil, pero tampoco imposible, de superar las dificultades de lograr medidas eficaces para conseguir una protección jurídica, para cada consumidor que se vea ligado por una cláusula leonina (337).

Tales medidas habrían de darse tanto respecto a la regulación de los contratos como en el Derecho procesal. Como ya se ha indicado repetidamente, parece conveniente una condena de las cláusulas abusivas o leoninas, ya sea mediante unas reglas detalladas (338) o bien sea mediante una fórmula general, declarando la nulidad de los pactos abusivos o leoninos (339): dejando entonces su apreciación, en cada caso concreto, a la discreción de los jueces. En fin, en este sentido cabe establecer un cuadro de preceptos imperativos, para evitar que se desnaturalice el alcance de las reglas llamadas dispositivas (340).

Más aquí, como en general respecto de las normas de Derecho Privado, para que logren real eficacia social, se requiere que ellas sean acompañadas de los oportunos preceptos procesales. Se han pensado y propuesto, al efecto, varios sistemas. Uno de ellos ha sido el de crear tribunales especiales para las cuestiones entre empresarios y consumidores, con un procedimiento adecuado, sugiriéndose sean unipersonales, de instancia única, sin intervención de abogados, con proceso rápido y oral, cuyas sentencias podrían declarar la nulidad de los pactos declarados leoninos, conceder indemnizaciones a los dañados e incluso imponer multas. También se puede pensar que, para superar el obs-

en *Tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Studi di diritto comparato. Milano, 1970, pág. 486.

(336) Compárese, sin embargo, el funcionamiento de la «class action» y las facultades de la «Federal Trade Commission», en Estados Unidos, ALPA, loc. cit., págs. 223 y siguientes.

La dificultad de dar eficacia general a la presunción de cosa juzgada, se ha pretendido salvar en el discutible artículo 3.º, par. 3, de Ley sobre Contrato de Seguro (8 octubre 1980).

(337) Se trata aquí de vencer dificultades técnicas; no de la cuestión más difícil, la de superar la resistencia de los empresarios interesados y llevar a las leves disposiciones eficaces al respecto.

(338) Como los contenidos en las tan citadas leyes alemana (9 diciembre 1976) y austriaca (8 marzo 1979) y en el Decreto del Consejo de Estado francés de 26 de marzo de 1978 (sobre las reacciones en Francia negando su legalidad, GESTHIN, loc. cit., § 610, págs. 508 y sig.); y también en la Resolución (76) 47 adoptada por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 16 noviembre de 1976.

(339) Como se hace en los antes citados Código civil de Quebec, en los de Egipto, República Árabe de Libia y nuevo código de Argelia, respecto a los contratos de adhesión (V, 2, notas 235-238).

(340) Comp. lo dicho sobre notas 260 y siguientes.

táculo de la debilidad social o económica del «consumidor final», sería conveniente legitimar para que actúen en su nombre a ciertas asociaciones de consumidores, las que podrían hacerlo por sustitución procesal (341).

Dicho esto no cabe cerrar los ojos a los impedimentos que habría de salvar para que lleguen a ser realidad los medios antes indicados u otros semejantes. Cualquier sugestión de «lege ferenda», en especial la dirigida a la mejora de la situación de los más débiles, como ha de ser siempre a costa de ciertos privilegiados, tiene mucho de aspiración utópica. Ello, no obstante, no está permitido desesperar; todo intento es debido si se desea que la regulación de los contratos tenga el sentido ético propio de lo jurídico y también si se quiere, en serio, que sea «real y efectiva» la defensa de los consumidores, que predica la Constitución (342).

(341) Podría tomarse como ejemplo la actuación del Colegio de Arquitectos, en lugar y en favor de los miembros del Colegio.

(342) La información y educación de los consumidores, que requiere la Constitución, lleva consigo que se les dé a conocer, que se divulgue, cuáles son sus «derechos» y medios de reacción frente a las prácticas abusivas y pactos leoninos.

«Notas sobre las recientes reformas del Código civil en relación con el ordenamiento tributario»(*)

Por ANTONIO MARTINEZ LAFUENTE
Abogado del Estado

SUMARIO: 1. Planteamiento. a) Problemática fiscal de la unidad familiar. a') La unidad familiar y los rendimientos. b') La unidad familiar y los incrementos de patrimonio. b) Problemática fiscal de la sociedad conyugal. a') Aportaciones y adjudicaciones. b') Acumulación de rendimientos y de patrimonios. c') Incrementos y disminuciones de patrimonio.—2. Análisis de las principales reformas. a) Filiación.—En el impuesto sobre la renta de las personas físicas. — En el impuesto sobre Sucesiones. b) Separación y divorcio. c) Capitulaciones matrimoniales. d) Derechos del cónyuge superviviente. e) Régimen de la sociedad de gananciales. f) Excesos de adjudicación.

1. *Planteamiento.*—Es el propósito de estas notas dejar constancia de las consecuencias que las recientes reformas del Código civil (1) tienen bajo la perspectiva del Derecho financiero; se trata sólo de un sucinto análisis de algunos de los preceptos a los que las leyes de reforma han dado nueva redacción al objeto de entresacar lo que esta reforma supone en orden a sus consecuencias tributarias.

Si el Derecho civil es esencialmente el derecho patrimonial de la persona física (2) parece evidente que las reformas introducidas

(*) Las presentes notas son la versión escrita y actualizada de la ponencia presentada por el autor en el Seminario, que don Federico de Castro dirige en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos; agradezco sus sugerencias, así como las que en la sesión celebrada el 5 de mayo de 1982 me formularon, entre otros, los señores Elizalde Aymerich, Lucas Fernández, Peña y Bernaldo de Quirós, Solís y Vallet de Goytisolo.

(1) Me refiero a las leyes 11/1981, de 13 de mayo, sobre filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y 30/1981, de 7 de julio, modificando la regulación del matrimonio y determinación del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

(2) Recogiendo el sentir común de la doctrina, Puig Brutau, afirma que: «El Derecho Civil regula las instituciones capitales de la persona, la familia y el patrimonio», en «Introducción al Derecho Civil» (1981), pág. 65.

en el régimen económico del matrimonio o en el Derecho sucesorio, no pueden pasar desapercibidas desde una órbita fiscal, pues integran el sistema tributario diversas modalidades de la imposición patrimonial, ya estática (Impuesto extraordinario sobre el patrimonio, Ley 50/1977 de 14 de noviembre), ya dinámica (Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Ley 32/1980 de 21 de junio, e Impuesto General sobre las Sucesiones, Ley Refundida de 6 de abril de 1967) sin desconocer que en la imposición personal y directa sobre la renta, toda la problemática de los incrementos y disminuciones de patrimonio (art. 20 de la ley 44/1978 de 8 de septiembre) supone una nueva perspectiva ante una reforma sustantiva como la efectuada (3).

No se trata por supuesto de revivir la polémica de las relaciones entre el Derecho civil y el Derecho fiscal perfectamente resuelta en la doctrina (4), legislación (5) y jurisprudencia (6), sino

(3) Podemos traer a colación lo manifestado en el debate parlamentario de la Ley reguladora del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en cuanto al concepto de patrimonio fiscal que no coincide con el civil, aun cuando se le aproxima; es interesante consignar lo que al respecto se contiene en el informe de la Ponencia aparecido en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» (Congreso de los Diputados), Serie A, núm. 13-I-1, del 21-XI-1979; en efecto, consta que el artículo tercero del proyecto fue enmendado en el sentido de que se dijera: «Son transmisiones patrimoniales sujetas: Las transmisiones patrimoniales onerosas por actos intervivos de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas con arreglo a la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio», siendo el criterio de la Ponencia el siguiente: «que no debe recogerse la redacción propuesta para el epígrafe A, según el cual las transmisiones gravadas son las de los bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas con arreglo a la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, ya que debe mantenerse el concepto civil, clásico de patrimonio, en toda su amplitud, es decir como conjunto de relaciones jurídicas susceptibles de una estimación pecuniaria, sin necesidad de circunscribirlo a cualquier otro concepto legal del patrimonio que pueda existir en nuestro ordenamiento a determinados efectos tributarios».

(4) Véase en tal sentido «Derecho fiscal frente a Derecho civil: discusión en torno a la naturaleza del Derecho Fiscal entre L. Tratabas y F. Geny», de Ramallo Massanet, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Volumen XVII, núm. 96 (1973), págs. 7 y sigts.

(5) La ley reguladora de todos los institutos financieros, Ley General Presupuestaria, dispone en su artículo primero, párrafo segundo, que: «Tendrán carácter supletorio las demás normas del Derecho administrativo y a falta de éstas las del Derecho común».

(6) Puede citarse en tal sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1980, que afirmó lo siguiente: «que si bien es cierto que el Código Civil, el Código de Comercio y, en general, todos los cuerpos legales básicos del ordenamiento positivo, se nutren de unos principios jurídicos generales que deben ser respetados por las leyes tributarias, no cabe duda, sin embargo, que este respeto a la legalidad extrafiscal no debe ir más allá de lo estrictamente indispensable, para que la aplicación de todo el Derecho se ajuste a criterios armónicos de donde se deduce que cuando la ley fiscal amplía o reduce las definiciones o conceptos de instituciones jurídicas formuladas en otras leyes, para acomodarlos mejor a las exigencias de la tributación, es evidente que deberá prevalecer el mandato de la ley fiscal en cuanto rama del Derecho que goza de autonomía y en cuanto que las nor-

analizar bajo una perspectiva tributaria el impacto que en las leyes fiscales ha tenido la reforma operada en el Código civil, lo cual no permite obtener como más adelante se expondrá, sino conclusiones provisionales, no sólo por la dificultad intrínseca en una tarea como la que acometemos, sino también porque la reforma tributaria dista de haber quedado ultimada al no haberse convertido en leyes los proyectos de ley sobre el Impuesto sobre el Patrimonio Neto y sobre Sucesiones y Donaciones (7), lo cual y por lo que se refiere al tributo en último lugar citado tiene una importancia decisiva, pues la reforma proyectada introduce singulares novedades que de plasmarse en un texto en vigor, supondrían un considerable impacto en las soluciones a obtener; piénsese, si no, en lo que supondría la aplicación de las tarifas del impuesto sucesorio con arreglo al criterio según el cual se tomaría en consideración el patrimonio preexistente del adquirente; ello podría suponer, se optase por eliminar uno de los criterios clásicos de tributación cual es el parentesco entre el adquirente y la persona de quien proceden los bienes (8).

A efectos sistemáticos y antes de proceder al examen de las reformas operadas en el Derecho sustantivo, nos haremos eco de

mas que la constituyen se aplican a un ámbito de realidad bien acotado y se fundamentan en un conjunto de principios propios»; el considerando transcrito es reproducción literal del pensamiento del profesor Sainz de Bujanda; véase en tal sentido «Hacienda Pública, Derecho Financiero y Derecho Tributario», en Hacienda y Derecho, volumen I (1962), pág. 41; me he ocupado del tema en «Jurisprudencia y Derecho Financiero», en «El Poder Judicial», VI Jornadas de Estudio de la Dirección General de lo Contencioso del Estado (1982).

(7) Ambos proyectos de ley aparecen en el «Boletín Oficial de las Cortes», núm. 46 del día 11 de enero de 1978.

(8) Partidario de esta tesis es Neumark, en «Principios de la Imposición» (1974), cuando afirma: «Al lado de los impuestos mencionados, los sistemas fiscales comprenden en casi todos los países, por supuesto adoptando distintas formas y estableciendo cuantías diversas, impuestos de sucesiones; estos impuestos, especialmente cuando revisten la forma de impuestos sobre porciones hereditarias, pueden acomodarse profundamente a la capacidad individual de pago. Dejando de lado por ahora la graduación del gravamen originada por el grado de parentesco, toda vez que nada tiene que tanto mediante la progresión, ajustada a la cuantía de cada una de las porciones con la capacidad de pago que se puede atender a la capacidad tributaciones hereditarias, como mediante la consideración de cuál es la situación en que se encuentre el heredero en el momento de la herencia, situación que es la que servirá de base a la capacidad personal de pago; lo importante aquí no es sólo la situación familiar —es decir, estado civil, número de hijos, etc.— ni la edad y factores semejantes (circunstancias que también si tienen en cuenta en el Impuesto sobre la Renta y en el Impuesto sobre el Patrimonio), sino el patrimonio que ya poseía el heredero antes de la herencia; es éste un factor que por lo que conozco, no se ha tenido en cuenta por la política fiscal real más que, de manera transitoria, en Italia y en la República de Weimar»; sobre la supresión del parentesco como modulador de la carga tributaria en el impuesto sucesorio véase: «El grado de parentesco en el Impuesto de Sucesiones: un criterio discriminatorio», de Fernández-Caños, Hacienda Pública Española, núm. 48 (1977), págs. 145 y sigs.

la problemática fiscal de la unidad familiar y de la sociedad conyugal, como pórtico de los demás temas que hemos de tratar.

a) *Problemática fiscal de la unidad familiar.*—Es sabido que al proyectarse la reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (9) se concibió la unidad familiar como sujeto pasivo del tributo; de esta forma se daba un importante grado de acomodo a modelos técnicos sobre la fiscalidad aplicada a la familia y cuyo principal exponente es el conocido Informe Carter (10) en el que se expuso: «consideramos que la familia se compone del marido, de la esposa y de los hijos a cargo del matrimonio, si los hay. El gravamen de la familia como unidad contribuyente supondría como consecuencia principal la unificación de las rentas de los miembros de la familia y la aplicación de deducciones y de tipos de imposición apropiados a esta renta global. Se derivarían, sin embargo, otras muchas consecuencias que examinaremos en este capítulo. Algunas de entre ellas tienen cierta importancia en lo que concierne a unificación de las rentas y, en algunos casos se traducirían por reducciones o aumentos apreciables del impuesto con relación a la situación actual.

Primeramente debemos justificar claramente nuestra elección de la familia como unidad de base para la imposición; en cierto sentido, acabamos de hacerlo al señalar las imperfecciones de un sistema que grava a los miembros de una familia como unidades de imposición individuales dejando así sobreentender que el único remedio de estas imperfecciones sería gravar la renta global de la familia. No obstante, existen argumentos más convincentes. Estamos persuadidos de que la familia constituye hoy día, como ha ocurrido desde hace muchos siglos, la célula económica fundamental de la sociedad. Si es verdad que los matrimonios basados en razones puramente pecuniarias son poco numerosos, no es menos cierto que, tan pronto ha sido contraído matrimonio, el interés se centra ante todo en la regularidad de la renta y en la situación de la familia, y no en la renta y situación financiera de sus miembros tomados individualmente. De este modo, desde el principio los mismos cónyuges adoptan el concepto económico de la familia como unidad de renta. En nuestra sociedad occidental ocurre a menudo que, gracias a su trabajo personal fuera del hogar, la aportación de la esposa a la renta familiar es considerable».

Este planteamiento no ha sido seguido, como es sabido, por el legislador, que en lugar de considerar como sujeto pasivo a la unidad familiar, establece la solidaridad (11) entre todas las personas

(9) Aparece asimismo en el «Boletín Oficial de las Cortes», núm. 46, del día 11 de enero de 1978.

(10) Nos referimos al «Report of the Royal Commission on taxation», más conocido como Informe Carter; versión española del Instituto de Estudios Fiscales (1975), pág. 142.

(11) El artículo cuarto, apartado segundo de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, dispone que: «Cuando las personas a que se refieren los dos epígrafes del

físicas miembros de una unidad familiar sin perjuicio del prorrateo, según la parte de renta que corresponda a cada uno (12).

Siguiendo al profesor Ramallo Massanet (13), la solución a la que ha llegado la ley reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas al considerar la unidad familiar como conjunto de sujetos pasivos es:

- La ley fiscal tiene económicamente a la unidad familiar como base —pero ello dentro de los límites jurídicos— privados establecidos en el Código civil.
- Esos límites civiles no son los económicos regulados por la Ley civil, sino los puramente relacionales del Derecho de familia (matrimonio, filiación, patria potestad).
- La Ley fiscal toma jurídicamente a los miembros de la unidad familiar como sujetos pasivos del tributo.

A mi entender, sigue afirmando Ramallo, la Ley fiscal en relación a la Ley civil, tendrá que hacer dos cosas, en contra de lo que hasta ahora está haciendo: a) crear más puestos de hecho que los contemplados por la legislación civil, apartándose por tanto, de la tendencia a seguir necesaria y mecánicamente los esquemas civiles; y b) vincularse más a los esquemas civiles que regulan las relaciones económicas familiares, ya que ellas son las que nos indican cuál es la realidad económica del grupo familiar. En todo caso tendrá que ir perfeccionando y limando esa ambigüedad entre conceptos económicos (la unidad familiar como centro de imputación de rentas y patrimonios) y jurídicos (la mujer casada como sujeto pasivo del tributo siguiendo las nuevas tendencias del Código civil). De lo contrario, este enfrentamiento entre Derecho civil y Derecho tributario, puede poner de manifiesto que la finalidad de éste es claramente recaudatoria, ya que se aparta de las innovaciones civiles a la hora de cuantificar el tributo (base imponible acumulada) y se desentiende a la hora de prorratear la deuda tributaria (art. 34 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas).

apartado anterior estén integradas en una unidad familiar, todos los componentes de esta última quedarán conjunta y solidariamente sometidos al impuesto como sujetos pasivos, con arreglo al régimen que para tal supuesto establecen los artículos quinto, séptimo, apartado tres, treinta y uno y treinta y cuatro de esta Ley».

(12) El artículo 31, apartado segundo, de la ley citado en la nota anterior dispone que: «Los sujetos pasivos que componen una unidad familiar están solidariamente obligados frente a la Hacienda Pública al pago de la deuda tributaria que corresponda a la acumulación de rendimientos e incrementos de patrimonio previstos en el artículo séptimo, apartado tres, de esta Ley sin perjuicio del derecho a prorratearla entre sí, según la parte de la renta que corresponda a cada uno de ellos. A efectos de este prorrateo integran la deuda tributaria los conceptos comprendidos en los epígrafes a), b) y c) del artículo cincuenta y ocho de la Ley General Tributaria.

(13) Me remito a su importante trabajo: «La unidad familiar como sujeto en el Ordenamiento Tributario Español», en Revista Española de Derecho Financiero, núm. 29 (1981), págs. 43 y sigs.

Podemos avanzar que esta temática va a verse directamente influida por la nueva legislación civil, pero lo que queremos destacar a nuestros efectos es el diferente planteamiento que ofrece la legislación fiscal si se compara con la proyectada; en efecto, si la unidad familiar fuere el único sujeto pasivo del tributo, serían irrelevantes los desplazamientos patrimoniales entre sus miembros, así como la atribución de rendimientos, por la sencilla razón de no existir una pluralidad de sujetos de derecho tributario entre los que establecer la relación jurídica para su posterior gravamen; ello no obstante la pluralidad subjetiva es más aparente que real al operar la acumulación de rentas de todos los componentes de la citada unidad familiar, de ahí que la Ley fiscal haya previsto algunos sistemas de corrección de la doble tributación, que de inmediato expondremos:

a') *La unidad familiar y los rendimientos.*—Como indicábamos en las líneas inmediatamente anteriores aún cuando la unidad familiar no sea sujeto de la imposición, los integrantes de aquélla, deben acumular sus rentas; la Ley, en su artículo 19 (tres b) nos indica que: «No tendrán la consideración de gastos deducibles en ningún caso: los pagos o prestaciones de cualquier clase que se efectúen entre las distintas personas que componen la unidad familiar, los cuales tampoco se computarán como ingreso de la persona que los reciba»; comentando este precepto, Colmenar Valdés (14) apostilla que una de las razones que alega el Informe Carter para la configuración de la unidad familiar como unidad de imposición es la de evitar evasiones como consecuencia de transferencias de rentas o patrimonios entre sus miembros (15).

b') *La unidad familiar y los incrementos de patrimonio.*—Sobre este componente de la renta también se pronunció el Informe Carter en el sentido siguiente: «Recomendamos —el Informe Carter— que se instaure un régimen completamente diferente. Debieran derogarse los impuestos actuales sobre donaciones y sucesiones «mortis-causa» y exonerar las transmisiones de bienes efectuadas en el seno de una misma unidad familiar impositiva. Tales transmisiones, cuando tienen lugar entre unidades familiares distintas, debieran ser gravadas con los tipos normales progresivos, quedando a cargo del accipiens el pago del impuesto, puesto que sólo las transferencias entre unidades familiares tendrían consecuencias desde el punto de vista del impuesto; recomen-

(14) La cita es de su trabajo: «El sujeto: la unidad familiar», Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, núm. 142 (1979), pág. 709.

(15) Supuesto de excepción, pero lógico, al tratarse de unidades familiares distintas, es el contenido en el artículo séptimo, apartado cuarto de la ley 44/1978 de 8 de septiembre, referente a las anualidades por alimentos satisfechas entre cónyuges por decisión judicial, ya que el importe de las mismas se computará como incremento patrimonial del perceptor y como disminución en el obligado a satisfacerlas; véase el artículo 89 del Reglamento del Impuesto aprobado por Real Decreto 2.384/81, de 3 de agosto.

damos que se considere que no existe relación (de plusvalías) en el momento de las transferencias de bienes entre miembros de una misma unidad familiar. Las donaciones o legados de un miembro a otro de una misma unidad familiar no darían lugar a impuesto alguno sobre las plusvalías de estos bienes».

En opinión de Colmenar (16), el legislador español no ha tenido en cuenta estas consideraciones y ha guardado silencio sobre esta cuestión. Con ello, quedan sujetos los incrementos de patrimonio que se pongan de manifiesto como consecuencia de una transmisión «inter vivos» o «mortis causa» onerosa o lucrativa, realizada entre miembros de una misma unidad familiar. A mi juicio, no es éste el trato adecuado que corresponde a los incrementos procedentes de movimientos patrimoniales dentro del círculo de parientes que integran la unidad familiar: supone el desconocimiento mismo de la unidad familiar, perfilada en la misma Ley como centro de imputación de rentas, sin que sea admisible que se alegue como justificación de aquél silencio legal, ni la distinta naturaleza de los rendimientos y de los incrementos patrimoniales (pues la acumulación de rentas toca tanto a unos como a otros) ni la permanencia del equilibrio interno del grupo, en cuanto que lo que es incremento para un miembro es disminución para otro (pues supone olvidar la existencia de transmisiones «mortis causa»).

Sin perjuicio de lo que más adelante veamos sobre la disolución de la comunidad conyugal, creemos útil a nuestro objeto de estudio recordar lo que se entiende bajo la expresión «incrementos de patrimonio»; para dar entrada a los incrementos no justificados de patrimonio a que se refiere el artículo 27 (2) de la Ley 44/1978 de 8 de septiembre, la Ley utiliza esta expresión preferentemente para referirse a los incrementos de valor o plusvalías (o minusvalías), lo que no deja de originar algunos defectos de comprensión que ha procurado aclarar y sistematizar la doctrina; así es de destacar la posición del profesor Albiñana (17) cuando distingue entre:

- Los incrementos patrimoniales por vía de adquisición gratuita.
- Los incrementos patrimoniales por vía de renta, y
- Los incrementos patrimoniales en función del valor.

Pues bien, dejando a un lado los incrementos patrimoniales por vía de renta, tenemos que recordar, como ya expusimos en otro lugar (18), que las adquisiciones por herencia, legado o donación pueden dar lugar a un doble planteamiento ya que puede

(16) Obra citada con anterioridad, pág. 710.

(17) En «Sistema tributario español y comparado» (1981), págs. 117 y siguientes.

(18) Me remito a mi trabajo: «Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Naturaleza y posición en el sistema», Hacienda Pública Española, número 68 (1981), págs. 111 y sigts.

contemplarse el incremento de patrimonio del adquirente por un lado y el valor incorporado a los bienes transmitidos por otro

Desde el primer punto de vista podría entenderse que la adquisición gratuita es renta por incrementarse el patrimonio del beneficiario, o por contra deja de serlo por ser objeto de imposición autónoma; la segunda opción es el planteamiento que se desprende del Derecho positivo español, puesto que la Ley 44/1978 de 8 de septiembre reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, después de declarar sujetos al impuesto en concepto de renta los incrementos de patrimonio (19), considera excluidos los incrementos que se encuentren sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (20); éste es en consecuencia el criterio legal que a nuestros efectos supone la persistencia en el sistema tributario español de un impuesto (21) sobre ciertos incrementos patrimoniales, que en lugar de quedar gravados a través del Impuesto sobre la Renta, lo son por tributo específico siguiendo nuestra tradición al respecto (22).

Desde el segundo punto de vista, el examen de la legislación positiva, y en particular la Ley 44/1978 de 8 de septiembre reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, revela más de una referencia al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones; ya citamos anteriormente el artículo 20, apartado 2.º en tanto en cuanto no sujeta al tributo los incrementos de patrimonio sujetos al impuesto citado; no se limita la problemática que nos ocupa a deslindar por qué tributo deben gravarse los incrementos patrimoniales, sino que en el mismo precepto se hace mención de las plusvalías originadas por una transmisión a título de herencia o donación.

En efecto, en el apartado 7.º del citado artículo 20 se dispone que «en los supuestos de transmisión "mortis causa" y cuando

(19) El artículo 1.º, apartado 2.º, de la Ley, dispone que: «Constituye la renta del sujeto pasivo la totalidad de sus rendimientos netos más los incrementos de patrimonio determinados de acuerdo con lo prevenido en esta ley».

(20) El artículo 20 de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, en sus dos primeros párrafos, dispone que: «Son incrementos o disminuciones de patrimonio las variaciones en el valor del patrimonio del sujeto pasivo que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, salvo lo dispuesto en el apartado siguiente. No son incrementos o disminuciones de patrimonio a que se refiere el número anterior los aumentos en el valor del patrimonio que procedan de rendimientos sometidos a gravamen en este impuesto, por cualquiera otro de sus conceptos, ni tampoco aquellos que se encuentren sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones».

(21) El mismo planteamiento se formula en relación con el Impuesto sobre Sociedades; véanse en tal sentido los artículos 3.º, 2 c) y 15, 2 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre; lo que habrá que analizar en su caso, es si en estos supuestos se trata de auténticos negocios gratuitos.

(22) El Texto Refundido del Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por Decreto 3.358/1967, de 23 de diciembre, declaraba en su artículo 6.º que: «No tendrán la consideración de renta:

c) los incrementos de patrimonio provenientes de herencias, legados y donaciones».

la adquisición o la enajenación hubiera sido a título lucrativo, constituirán los valores respectivos aquellos que se determinen a los efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones», lo cual hay que poner en relación con el apartado 4.º del mismo precepto que considera renta del transmitente los incrementos de valor puestos de manifiesto con motivo de una transmisión gratuita.

Ello quiere decir que los bienes transmitidos por herencia (23) no son renta del heredero, pero sí son renta los incrementos de valor incorporados a los bienes transmitidos por los que ha de tributar el heredero por razones obvias; no así en el caso de una donación, puesto que por la plusvalía que pone de manifiesto al transmitir los bienes ha de satisfacer el impuesto el donante; el planteamiento legal ha sido objeto de críticas; así se afirma que «se ha dicho que junto a la falta de corrección monetaria de los valores, el otro defecto que cabe achacar al gravamen de los incrementos de patrimonio o ganancias de capital es la sujeción al mismo de las transmisiones lucrativas, que no suponen aumento de la capacidad económica del transmitente e implican por otra parte cierta duplicidad tributaria al gravar en él, de una parte, la plusvalía y en el receptor el total por sucesiones y donaciones, aparte del apoyo legal, existen suficientes apoyos doctrinales al respecto sin desconocer asimismo objeciones no exentas (24) de fundamento.

b) *Problemática fiscal de la sociedad conyugal*.—Sobre esta cuestión podrían traerse a colación numerosos temas; pero a nuestros efectos sólo nos detendremos en aquellos aspectos que permiten concluir con la afirmación de la irrelevancia del régimen económico del matrimonio, a efectos tributarios, situación a la que se llega desde diversos orígenes, para llevarnos a unas mismas consecuencias.

a') *Aportaciones y adjudicaciones*.—A tenor del artículo 48, I, B (3) del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Pa-

(23) Como afirma Drake Drake: «No se considera incremento sometido a gravamen el valor de adquisición del bien que se transmite, pero sí el aumento de valor representado por la diferencia entre el valor de adquisición y el de transmisión del bien que se trate», en «La reforma tributaria y las ganancias y pérdidas de capital», en *Crónica Tributaria*, núm. 26 (1978), página 68.

(24) La duplicidad impositiva es salvable a juicio de Palao Taboada, quien afirma: «Que no constituye una doble imposición lo demuestra la comparación con la renta ordinaria; ésta, ahorrada y convertida en patrimonio hereditario, soportó en su día los impuestos sobre la renta, si no se gravasen también las ganancias de capital se produciría una discriminación injusta en favor de éstas. Por otra parte, la justificación de los dos gravámenes es distinta: el Impuesto Sucesorio o sobre Donaciones grava el enriquecimiento gratuito de los sucesores o donatarios, mientras que el Impuesto sobre Ganancias del Capital grava el incremento de valor obtenido por el causante, realizado por la sucesión o donación», en «La imposición sobre las ganancias del capital y la justicia tributaria», en *Hacienda Pública Española*, núm. 9 (1971), pág. 53.

trimoniales y Actos Jurídicos Documentados aprobado por Real Decreto 3.050/80 de 30 de diciembre, estarán exentas: «Las aportaciones de bienes y derechos verificadas por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de las mismas se verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan a los cónyuges en pago de su haber de gananciales» (25).

El precepto reproduce con alguna ligera matización gramatical, no exenta de crítica (26), la redacción del artículo 146.16 de la Ley 41/1964 de 11 de junio de Reforma del Sistema Tributario que introdujo una auténtica novedad en el tema; en efecto, hasta el régimen jurídico de las aportaciones y adjudicaciones de la sociedad conyugal era el siguiente:

— A tenor del artículo 6, A, 28 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 15 de enero de 1959 se declaraban exentas: «las aportaciones de bienes hechas por el marido a la sociedad conyugal y las que realice la mujer en calidad de dote inestimada o de parafernales, así como las adjudicaciones que en pago de las mismas se realicen al disolverse la sociedad, cuando se adjudiquen los mismos bienes aportados».

— Se sujetaban, por contra, al tributo según el artículo 22 de la disposición citada los siguientes supuestos: «Las aportaciones directas que en calidad de dote estimada haga la mujer a la sociedad conyugal y las adjudicaciones que en pago de dicha dote se hicieren al disolverse el matrimonio por fallecimiento del marido, pagarán 0,50 por 100 de su importe»; «A la disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges no se liquidarán por el concepto de sociedad conyugal las adjudicaciones en pago de las aportaciones hechas por el mismo sin perjuicio de lo que corresponda liquidar por la transmisión hereditaria»; «Las adjudicaciones de toda clase de bienes que se hagan al cónyuge sobreviviente en pago de su haber de gananciales, siempre que excedan de 10.000 pesetas tributarán el 0,75 por 100 de su valor»; «Si la disolución de la sociedad conyugal tuviere lugar por causa distinta del fallecimiento de uno de los cónyuges, satisfarán ambos el impuesto por los bienes que respectivamente reciban, con observancia de las normas contenidas en los anteriores apartados de este capítulo para el caso del cónyuge superviviente».

Comentando y a la vez sistematizando la anterior normativa y destacando su reforma, Rovira Tarazona (27) expuso: «Esta exen-

(25) En el mismo sentido se pronuncia el Reglamento del Impuesto aprobado por el Real Decreto 3.494/81, de 29 de diciembre (art. 59.I.B.3.).

(26) Me remito al trabajo de Ventoso Escribano: «Dos problemas fiscales en la liquidación de las capitulaciones matrimoniales», en Hacienda Pública Española, núm. 72 (1981), pág. 158.

(27) En «Notas al Texto Refundido de los Impuestos Generales de Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados», Secretaría General Técnica del Ministerio de Hacienda (1968), pág. 333.

ción se ha extendido en forma muy notable en la nueva Ley, ya que en ella se comprenden las aportaciones que haga la mujer a la sociedad conyugal, en calidad de dote estimada y las adjudicaciones que en pago de dicha dote se hicieran al disolverse el matrimonio, así como las adjudicaciones que se hagan de las demás aportaciones cuando aquéllas no consistan en los mismos bienes aportados, y las adjudicaciones de los bienes gananciales. Las primeras y segundas transmisiones a que nos hemos referido, estaban sujetas al tipo del 0,50 por 100 y las terceras al 0,75 por 100 según dispone el artículo 22, números 1,2 y 7 R. D. R. Se mantiene en forma idéntica la exención concedida en el artículo 3, A, 28 L. D. R. en cuanto a las aportaciones de bienes hechas por el marido, así como las que realice la mujer, en calidad de dote inestimada o de parafernales, así como las adjudicaciones que, en pago de las mismas, se realicen al disolverse la sociedad conyugal».

Entendemos que en la actualidad la exención tiene el mismo contenido con que aparece en la reforma de 1964 (28), de forma que el impuesto no grava las entregas de bienes y su restitución sea en los mismos bienes o en otros diferentes (29).

b') *Acumulación de rendimientos y de patrimonios.*—El régimen económico del matrimonio es algo inocuo a efectos de la imposición sobre la renta y el patrimonio de forma que sea cual fuere aquél, no impide que sean las mismas las consecuencias fiscales.

En efecto a tenor del artículo séptimo, apartado tercero, de la Ley 44/1978 de 8 de septiembre «cuando los sujetos pasivos compongan una unidad familiar se acumularán todos los rendimientos e incrementos de patrimonio de todos los miembros de la unidad familiar, cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio» (30); ello se entiende sin perjuicio del prorrateo que como indica el artículo 31 de la Ley será interno y se regirá por

(28) En la Exposición de Motivos de la Ley 11/1964, de 11 de junio, se destacaba como novedad lo siguiente: «Asimismo procede, por último, advertir que se reduce la tributación del cónyuge viudo al aplicarle la misma tarifa que la de los descendientes legítimos: es decir, aquella en la que se refleja una especial consideración a la inmediata vinculación familiar. No obstante ser un hecho que afecta más directamente al Impuesto sobre transmisiones patrimoniales, parece oportuno invocar en este lugar la transformación que en dicho impuesto se produce respecto al criterio vigente hasta ahora sobre tributación en la disolución de la sociedad de gananciales que en el futuro queda exenta de contribuir.

(29) En el mismo sentido se pronuncia Velasco Alonso al afirmar que: «En el ordenamiento vigente la exención alcanza a todos los actos gravados anteriormente, incluso, a nuestro juicio, a las adjudicaciones que no consistan en los mismos bienes aportados, ya que en el apartado 15 de la norma legal se refiere a toda clase de adjudicaciones que se hagan a los cónyuges en pago de sus aportaciones, en la que se distingue la clase de bienes en que se realizan»; en «El Impuesto sobre Sucesiones y Transmisiones Patrimoniales», volumen II (1977), pág. 348.

(30) Véase además el artículo 17, apartado primero del Reglamento del Impuesto aprobado por Real Decreto 2.384/1981, de 3 de agosto.

las normas que establezca el régimen económico del matrimonio, así como los preceptos de la legislación civil aplicable en cada caso a las relaciones patrimoniales entre los miembros de la unidad familiar (31).

En cuanto al impuesto sobre el patrimonio, el artículo cuarto de la Ley 50/1977 de 14 de noviembre dispuso que: «Cada persona será gravada con independencia de toda otra persona o entidad, salvo lo dispuesto en los apartados siguientes.

En caso de matrimonio en régimen económico de sociedad legal de gananciales o de comunidad de bienes, se acumularán en la persona que tenga su administración los bienes y derechos pertenecientes a los cónyuges y a la sociedad conyugal, así como los pertenecientes a los hijos menores no emancipados.

Cuando, sin mediar sentencia de divorcio o separación judicial, el régimen económico del matrimonio fuera separación de bienes, la acumulación de los pertenecientes a ambos cónyuges se practicará en la persona del marido, y si estuviere incapacitado, en la de la mujer, sin perjuicio del prorrateo de la exacción, según el patrimonio de cada cónyuge».

c') *Incrementos y disminuciones de patrimonio.*—Nos queda, por último, hacer mención de lo dispuesto en el artículo 20, apartado segundo de la Ley 44/1978 de 8 de septiembre cuando indica que: «No se estimará que existen incrementos o disminuciones de patrimonio en los supuestos de división de la cosa común, disolu-

(31) La Dirección General de Tributos en respuesta a consulta evacuada con fecha 3 de octubre de 1979, respondiendo a si es posible realizar dos declaraciones separadas por matrimonio que tiene régimen de separación de bienes, opinó lo siguiente:

«1.º De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.º de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el régimen de separación de bienes constituye una modalidad de unidad familiar. Únicamente en caso de nulidad, disolución del matrimonio o separación judicial es cuando se produce una ruptura de tal unidad a efectos fiscales, y en tal caso la citada unidad familiar es la formada por el cónyuge y los hijos que estén confiados a su cuidado.

2.º No dándose en el consultante los condicionantes antes indicados en cuanto a ruptura de unidad familiar es de aplicación lo establecido en el artículo 7.º, 3, en el que se establece: 2.º Cuando los sujetos pasivos compongan una unidad familiar se acumularán todos los rendimientos e incrementos de patrimonio de todos los miembros de la unidad familiar, cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio.

3.º La acumulación consignada en el 2.º anterior sirve para calcular la deuda tributaria total, deuda ésta que será objeto de prorrateo conforme a las normas que establezca el régimen económico del matrimonio con el fin de determinar la parte imputable a cada miembro de la unidad familiar, en la forma y condiciones que establece el artículo 31 de la Ley reguladora del Impuesto.

4.º Por último, hay que señalar a efectos de presentación de la pertinente declaración que tal temática queda reflejada en el artículo 34 de la Ley, siendo norma de obligado cumplimiento formularla en la forma y condiciones que en dicho artículo se establecen sin que en consecuencia sea factible arbitrar procedimiento distinto por tratarse de disposición con rango de Ley».

ción de las sociedades gananciales, y en general disolución de comunidades o separación de comuneros», añadiendo el artículo 79 del Reglamento que en estos casos: «Los bienes o derechos recibidos por el sujeto se incorporan al patrimonio por el mismo valor por el que se hubiese computado el derecho enajenado o ejercitado».

La doctrina suele hablar en estos casos de especificación (32) de derechos (33), aún cuando el Reglamento ha introducido un precepto que crea cierta confusión en el esquema expuesto al indicar, artículo 77, apartado primero, letra c) que constituyen alteraciones en la composición del patrimonio del sujeto pasivo: «La sustitución de un derecho que forma parte del patrimonio del sujeto pasivo, por otros bienes o derechos que se incorporen a dicho patrimonio como consecuencia de la especificación o del ejercicio de aquél».

2. *Análisis de las principales reformas.*—Tras la introducción contenida en las páginas anteriores, haremos mención de la nueva regulación, de aspectos concretos referentes a la filiación, separación y divorcio, capitulaciones matrimoniales, derechos del cónyuge superviviente, régimen de la sociedad legal de gananciales y de los excesos de adjudicación en las particiones hereditarias, sin desconocer que en algunos supuestos no se trata de problemas nuevos, por lo que las soluciones se desprendían ya de lo que al efecto disponía la legislación anterior.

a) *Filiación.*—Se hace preciso partir de lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 39 de la Constitución, a cuyo tenor: «Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación, y de las madres cualquiera que sea su estado civil»; consecuencia lógica del mandato constitucional es al nueva redacción del artículo 108 del Código civil según el cual: «La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí.

La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código».

El impacto en el ordenamiento tributario es doble, ya que afecta tanto a la imposición sobre la renta, ya realizada a nivel

(32) Véase en tal sentido la obra del profesor Albiñana: «Sistema tributario español y comparado» (1981), pág. 126.

(33) El Centro Directivo con fecha 23 de abril de 1981 y respondiendo al tema de la valoración de los «bienes gananciales» en el caso de disolución de esta sociedad para adoptar el de «separación de bienes», entendió que: En el supuesto concreto de disolución de la sociedad de gananciales en este caso, lo que realmente ocurre es que se establece una delimitación, una especificación de bienes que en realidad ya poseía anteriormente.

reglamentario, como a la imposición sobre las adquisiciones gratuitas en tanto en cuanto la Ley fiscal toma en cuenta el parentesco para modular la carga tributaria.

— *En el impuesto sobre la renta de las personas físicas*, la filiación se tenía en cuenta en un doble momento, a saber en la regulación de la ya conocida unidad familiar y en determinados tipos de deducciones; en efecto, a tenor del artículo quinto de la Ley 44/1978 de 8 de septiembre, constituyen modalidades de unidad familiar: «La integrada por los cónyuges y, si los hubiere, los hijos menores legítimos, legitimados, naturales reconocidos y adoptados, con excepción de los que, con el consentimiento de los padres, vivan independientemente de éstos»; por su parte el artículo 29 de la misma disposición indica que: «De la cuota que resulte de aplicación de la tarifa se deducirá: b) por cada hijo legítimo, legitimado, natural, reconocido o adoptado...».

A diferencia de normas reglamentarias anteriores, el actual aprobado como es sabido por Real Decreto 2.384/1981 de 3 de agosto dispone que constituyen unidad familiar: «Los cónyuges y si los hubiere, los hijos menores de edad, con excepción de los que, con el consentimiento de los padres, vivan independientes de éstos»; desaparece, por consiguiente la referencia específica a ciertas categorías de hijos, utilizándose en su lugar una referencia genérica a los mismos; el artículo 15 de la disposición citada tiene su paralelismo en el artículo 121 que al regular las deducciones familiares sigue la misma orientación; los primeros comentarios sobre el particular ya destacan esta novedad; así se ha afirmado que: «del texto reglamentario antes transcrito debe resaltarse la concreción de hijos menores de edad y la desaparición de las menciones «legítimos, legitimados, naturales reconocidos y los adoptados» (en que, por cierto, la versión inicial del Reglamento había coma de la Ley entre naturales y reconocidos, que a todas luces es una errata, pues los reconocidos no eran otros, sino los mismos hijos naturales en cuanto hubieran sido objeto de reconocimiento), en virtud del cambio del Derecho civil de familia (Ley 11/1981, de 13 de mayo, cuyo artículo primero modifica el Título V del Libro I del Código civil, «De la paternidad y filiación», dando nueva redacción a los artículos 108 a 141 que lo componen), que ha puesto fin a la distinción jurídica de varias clases de hijos, y si bien esas menciones siguen estando en la Ley, ocurre que sin duda ésta habrá de entenderse derogada en este punto por la citada de 13 de mayo de 1981. Lo que no hay duda es que esa desaparición de las clases de hijos hubiera debido llevar consigo la de las referencias que a tales ya inexistentes condiciones de la letra a) subsisten absurdamente en las b) y c) (34).

(34) La cita es de Rodríguez Pérez, en «Comentarios a la Ley y Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas» (1982), pág. 59; el autor se refiere a la subsistencia en la norma reglamentaria de otras modalidades de unidad familiar, reguladas en el artículo 15, en cuyos aparta-

— En el impuesto sobre Sucesiones, es donde hay que plantearse realmente el tema al no haberse derogado expresamente la legislación anterior ni haberse adaptado al nuevo mandato constitucional (35); se daría una vez, más el supuesto a que hace mención la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981 en el sentido de reconocer que «la peculiaridad de las Leyes preconstitucionales consiste... en que la Constitución es una Ley superior —criterio jurárquico— y posterior —criterio temporal— de donde se deduce «la coincidencia de este doble criterio da lugar —de una parte— a la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente invalidez, de las que se opongan a la Constitución y —de otra— a su pérdida de vigencia a partir de la misma, para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación».

La igualdad entre los hijos proclamada por la Constitución, sería a nuestro juicio más que suficiente para invocar la discriminación tarifaria contenida en la legislación del impuesto; en efecto, como en otro lugar expusimos (36), en las tarifas del impuesto sucesorio, el grado de parentesco entre causante y heredero es tomado por el legislador como elemento diferenciador de la carga tributaria que va a pesar sobre la adquisición patrimonial «mortis causa» de forma que aquélla aumenta cuando la distancia entre el contribuyente y la persona de quien proceden los bienes es mayor (37).

dos b) y c) se menciona a: «En los casos de nulidad, disolución del matrimonio o separación judicial, el cónyuge y los hijos que, cumpliendo cualquiera de las condiciones a que se refiere la letra anterior, estén confiados a su cuidado» y «el padre o madre solteros y los hijos que reúnan los requisitos a que se refiere la letra a) de este apartado y estén confiados a su cuidado», en el mismo sentido se pronuncia Banacloche Pérez, cuando afirma: «el artículo 15 reglamentario ha eliminado las referencias a la condición civil de los hijos. Todo hijo menor que no vive independiente con consentimiento de los padres integra la unidad familiar. Ello es concorde con la legislación vigente, pero hace defectuosa la redacción («requisitos» «condiciones») de los apartados b) y c) del número 1. Bastaba referirse a la minoría de edad, en «Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas». Legislación Tributaria Comentada (1982), pág. 88.

(35) Recuérdese no obstante, que el Proyecto de Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se refería ya a lo siguiente:

Tarifa I. Será de aplicación a las herencias y legados causados entre cónyuges; ascendientes o descendientes legítimos, naturales reconocidos; adoptado y adoptante plenamente y los descendientes de éste; en favor de las personas señaladas en el artículo 749 del Código civil y en favor de subnormales profundos o inválidos absolutos permanentes.

Tarifa II. Entre cónyuge y los ascendientes o descendientes del otro; adoptante y adoptado en la adopción simple y sus descendientes; colaterales en segundo grado.

Tarifa III. Colaterales de tercero y cuarto grado.

Tarifa IV. Personas con grado de parentesco más distante y extraños».

(36) Me refiero a mi trabajo: «El Impuesto General sobre las Sucesiones». Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria. Instituto de Estudios Fiscales (1977), págs. 181 y sigts.

(37) Véanse: «Elementos personales del Impuesto sobre Sucesiones», de Solchaga Loitegui, y «Legislación civil e Impuesto de Sucesiones en el Ordenamiento Jurídico Español», de Ruiz Risueño, en la obra colectiva «Im-

El texto refundido del impuesto parte de las siguientes premisas:

— Las líneas recta y colateral han de determinarse de acuerdo con los preceptos de la normativa civil, a la que se remite el artículo 30.2: «Los grados de parentesco a que se refiere la tarifa anexa a la Ley son todos de consanguinidad, salvo la aplicación del número 3 de la tarifa, y en su caso, de la letra C) de la número 2 y han de regularse, así como las demás circunstancias relativas a la condición y capacidad de las personas, por la Ley Civil», lo que supondrá la aplicación de lo dispuesto en los artículos 915 y siguientes del Código civil.

— La línea recta es contemplada por las tarifas 1 y 2 en sus vertientes descendiente y ascendiente, siendo igualmente aplicable la primera a la sucesión entre cónyuges desde la innovación introducida por la Ley 41/1964, de 11 de junio; a tenor de lo dispuesto en las tarifas citadas, el parentesco que es tomado en cuenta, es exclusivamente el legítimo, por ello, cuando la sucesión se causa entre personas entre las que medien lazos de parentesco distintos al indicado, la tributación se produce por otra tarifa más gravosa; en concreto, por la tarifa segunda se someten a gravamen, a tenor de lo dispuesto en el artículo 41, las adquisiciones hereditarias producidas entre ascendientes y descendientes naturales reconocidos, entre adoptantes y adoptados plenamente, entre los hijos de anterior matrimonio y el cónyuge del padre o madre de aquéllos y entre los hijos naturales reconocidos y el cónyuge del padre o madre de aquéllos; por contra, se exacciona el Impuesto por la tarifa I, en determinadas transmisiones hereditarias desconectadas del parentesco entre transmitente y adquirente y son, según precisa el artículo 40, las mandas en favor de los pobres, en general, ordenadas innominadamente por el testador, los legados dispuestos nominativamente en beneficio de mutilados absueltos de guerra, mediante la invocación en el testamento de este motivo, así como las transmisiones que por herencia o legado causen los religiosos profesos en beneficio de la Orden, Congregación o Comunidad a que pertenezcan.

— Al parentesco de afinidad se refiere la tarifa III que es igualmente aplicable a la sucesión que se cause entre adoptantes y adoptados de forma menos plena, según se desprende del artículo 42 del texto refundido.

— Por último, la línea colateral es tratada en las Tarifas IV y V, VI y VII según se trate, respectivamente, de personas entre las que medien dos, tres, cuatro o más grados o se trate de extraños.

En el momento presente hay que entender que todos los hijos tributan por la tarifa primera, por lo que dejan de tener interés los problemas que causó a la jurisprudencia determinada clase de

filiación; en tal sentido me remito a la problemática fiscal (38) del hijo legitimado por concesión real (Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 28 de mayo de 1969) o del hijo ilegítimo (Resolución de 26 de junio de 1963); o del adoptado de forma menos plena, mayor de veintiún años (Resolución de 25 de marzo de 1982); precisamente la reciente Resolución en último lugar citada declaró que «para solucionar el problema planteado hay que estar a lo dispuesto en los artículos 41 y 42 del vigente texto refundido de la Ley del Impuesto sobre las Sucesiones, aprobado por Decreto de 6 de abril de 1967; y conforme al primero de dichos preceptos «tributarán por el número 2 de la tarifa... la sucesión que se cause: ... 2.º *Entre adoptantes y adoptados plenamente*», mientras que, según el segundo de ellos, *es decir, el artículo 42, «En la adopción menos plena, la sucesión que se cause entre adoptantes y adoptados tributará por el número 3 de la tarifa... cuando éstos tuvieran menos de veintiún años al tiempo de otorgarse la escritura de adopción»*; de donde se infiere, con toda claridad que la adopción menos plena efectuada a favor de personas mayores de veintiún años en el momento de otorgarse la escritura de adopción, carece de consideración fiscal en el vigente ordenamiento jurídico, tal y como ha declarado este Tribunal Central (Resoluciones de 15 de marzo, 17 de mayo y 15 de junio de 1978), debiendo aplicarse, en consecuencia, el número 7 de la tarifa correspondiente a las herencias causadas entre extraños a menos que exista alguna otra relación de parentesco entre adoptante y adoptado».

Y es este el único problema que queda pendiente, pues la equiparación no llega al adoptado de forma simple ya que el artículo 180 dispone en su nueva redacción que: «Adoptado y adoptante carecen entre sí de derechos legitimarios y su presencia no influye en la determinación de las legítimas ajenas. En la sucesión intestada, el hijo adoptivo o sus descendientes y el adoptante son llamados inmediatamente después del cónyuge viudo, con exclusión de los colaterales», de donde se desprende subsiste su situación tributaria tal y como se desprende del texto refundido de 6 de abril de 1967 y jurisprudencia que lo interpreta.

b) *Separación y divorcio*.—Un importante componente económico tiene lo previsto en el artículo 97 del Código civil a cuyo tenor: «El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:

(38) Véase: «El parentesco en los impuestos de sucesiones y transmisiones patrimoniales», de Martínez González, asimismo integrante de la obra colectiva a que se refiere la anterior nota, volumen I, págs. 539 y sigts.

1. Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges.
2. La edad y estado de salud.
3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
4. La dedicación pasada y futura a la familia.
5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
6. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
7. La pérdida eventual de un derecho de pensión.
8. El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad».

Esta pensión o percepción económica de carácter periódico tiene precedentes no difíciles de encontrar, pero merece la pena afrontar el tema cual si de auténtica novedad se tratase; en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ya es conocido el tenor del artículo 89 del Reglamento, que dispone que: «En los supuestos de anualidades por alimentos satisfechas entre cónyuges por decisión judicial, el importe de las mismas se computará como incremento patrimonial del receptor y como disminución en el obligado a satisfacerlas».

Bajo diferente perspectiva el problema no es tan sencillo, pues exige algún tipo de precisión previa sobre el carácter de dicha pensión en cuanto a su carácter gratuito u oneroso al objeto de poder incardinarla en alguno de los componentes del sistema tributario ya conocidos; la constitución de pensiones a título oneroso sigue integrando el hecho imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados según se desprende del artículo 7, 1, b del texto refundido de 30 de diciembre de 1980 (39), el carácter o naturaleza onerosa de la pensión presupondría la contraprestación, aquí inexistente por lo que no podría considerarse que las pensiones judiciales por causa de separación o divorcio supongan la sujeción al Impuesto citado; en cualquier caso en este tributo siguen considerándose exentas las «entregas de dinero que se verifiquen en pago de indemnizaciones» según reza el artículo 48, I, B, 4) donde sin excesiva dificultad podría llevarse el supuesto de hecho que nos ocupa, sin otra objeción que el citado precepto parece estar pensando en entregas de dinero instantáneas y no periódicas.

(39) Las restantes reglas de liquidación hacen referencia, al sujeto pasivo, que lo es el pensionista (art. octavo) a la base imponible que se obtiene capitalizándolas al interés básico del Banco de España y tomando del capital resultante aquella parte que, según las reglas establecidas para valorar los usufructos, corresponda a la edad del pensionista, si la pensión es vitalicia, o a la duración de la pensión si es temporal (art. 10.2.f) y al tipo de gravamen que es el 1 por 100 (art. 11.1.c) véase sobre el particular mi «Manual del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados» (1980), págs. 363 y sigts.

El artículo 23 del texto refundido de 6 de abril de 1967 disponía que: «En la misma forma y atendiendo al grado de parentesco entre el pensionista y el que ha de satisfacer la pensión tributarán las que se constituyan sin mediar entrega de bienes o derechos», es decir, que tributarían por los números correspondientes de la Tarifa del Impuesto General de Sucesiones atendiendo al grado de parentesco entre ambos; la ausencia de contraprestación nos llevaría a entender que de lo que se trata es de una pensión constituida por actos «inter vivos» y a título gratuito sujeta al impuesto sucesorio en cuanto abarca todas las adquisiciones patrimoniales gratuitas; sin embargo, creemos que tampoco es esta la exacta solución legal, pues siempre se ha entendido que el objeto del tributo en las transmisiones patrimoniales «inter vivos» sean onerosas o gratuitas eran los desplazamientos patrimoniales negociales o voluntarios; no otra cosa significaba la exclusión de las pensiones alimenticias legales del ámbito objetivo del tributo.

c) *Capitulaciones matrimoniales.*—Sobre la institución que de inmediato damos cuenta han incidido dos importantes reformas, pues a la que nos ocupa, cabe citar la reciente, operada por Ley 14/1975 de 2 de mayo cuya principal novedad fue la posible celebración de capitulaciones una vez contraído el matrimonio y posible alteración del régimen económico matrimonial; surge aquí una posible incidencia en el gravamen sobre Actos Jurídicos Documentados, a tenor de lo dispuesto en los artículos 28 y 31 (2) del texto refundido de 30 de diciembre de 1980, amén de los bastante probables excesos de adjudicación que examinaremos en su momento.

Aquí nos ocuparemos de lo dispuesto en el artículo 1.334 a cuyo tenor: «Todo lo que se estipule en capitulaciones bajo el supuesto de futuro matrimonio quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año»; en definitiva, lo que se suscita en los supuestos de hecho contemplados en el precepto y por supuesto en las donaciones por razón de matrimonio es la ineficacia sobrevenida del negocio jurídico revelador de un hecho imponible que fue sometido a gravamen, pero afectado por el cumplimiento de la condición resolutoria (40).

El artículo segundo del texto refundido, recogiendo un precepto muy tradicional en la legislación del impuesto dispone que «En los actos o contratos en que medie alguna condición, su calificación se hará con arreglo a las prescripciones contenidas en el Código civil. Si fuere suspensiva, no se liquidará el impuesto hasta que ésta se cumpla, haciéndose constar el aplazamiento de la liquidación en la inscripción de bienes en el Registro Público correspondiente. Si la condición fuere resolutoria se exigirá el impuesto, desde luego, a reserva, cuando la condición se cumpla, de hacer la

(40) La problemática es común a las donaciones por razón de matrimonio, puesto que el artículo 1.342 indica que: «Quedarán sin efecto las donaciones por razón de matrimonio si no llegara a contraerse en el plazo de un año».

oportuna devolución según las reglas del artículo 60»; el transcurso del año figura a modo de condición resolutoria, por lo que los hechos imponderables gravados, como consecuencia de capitulaciones matrimoniales o donaciones por razón de matrimonio, quedarán sin efecto transcurrido el aludido período temporal.

Se reconduce, por consiguiente el tema que nos ocupa, a un supuesto de devolución de impuestos (41), pues no otra cosa significa la remisión interna de preceptos contenida en la legislación del impuesto; en efecto, producida la resolución de la donación por razón de matrimonio o del negocio traslativo contenido en capitulaciones matrimoniales, producirá la devolución del impuesto satisfecho, siempre que se solicite en plazo de cinco años; la devolución será parcial o total, según que hubiere producido la transmisión que se resuelve efectos lucrativos (42) o no; en el primero de los supuestos, o sea, la producción de efectos lucrativos se indica en el texto refundido «se rectificará la liquidación practicada tomando al efecto por base el valor del usufructo temporal de los bienes o derechos transmitidos».

En resumen, la resolución de los negocios jurídicos que aludimos puede no tener otra incidencia fiscal que la liquidación del tributo correspondiente al goce temporal (un año) de los bienes.

d) *Derechos del cónyuge superviviente*.—Nos ocupamos a continuación de lo previsto en el artículo 1.321 a cuyo tenor: «Fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber.

No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor».

Este precepto que recuerda a lo que disponían los artículos 1.374 (43) sobre la dote y 1.420 (44) sobre liquidación de la sociedad de gananciales, tiene un alcance mucho mayor, pues puede afirmarse que todo el ajuar de la casa, salvo los objetos que individualmente merezcan el calificativo de extraordinarios, se atribuyen al cónyuge sobreviviente, lo que de inmediato plantea un importante problema sustantivo con conexiones fiscales evidentes.

(41) Véase el capítulo titulado: «La invalidez del negocio jurídico: elemento sobrevenido del hecho generador de la obligación de devolución de impuestos sobre transmisiones patrimoniales», en «El derecho del contribuyente a la devolución de impuestos», de Corral Guerrero (1978), págs. 354 y siguientes.

(42) Para la ley fiscal, y así lo expresa el artículo 60, apartado segundo del Texto Refundido: «Se entenderá que existe efecto lucrativo cuando no se justifique que los interesados deben llevar a cabo las recíprocas devoluciones a que se refiere el artículo 1.295 del Código civil».

(43) A tenor del citado precepto: «Se entregará a la viuda, sin cargo a dote, el hecho cotidiano con todo lo que lo constituya, y las ropas y vestidos del uso ordinario de la misma».

(44) El indicado artículo manifiesta que: «No se incluirán en el inventario los efectos que constituyan el hecho de que usaban ordinariamente los esposos. Estos efectos, así como las ropas y vestidos de su uso ordinario, se entregarán al que de ellos sobreviva».

A nuestro entender, el precepto que examinamos no contempla un supuesto de sucesión «mortis causa», sino que estamos ante una atribución patrimonial operada directamente por la Ley; esto es así porque no se trata de bienes que pertenezcan al fallecido hasta su muerte, sino que de lo que se trata es que el ajuar doméstico continúe deteniéndolo el cónyuge superviviente sin que sobre estos bienes sean válidas las disposiciones testamentarias que contraríen lo dispuesto en la Ley.

Si no estamos ante una sucesión hereditaria, la incidencia fiscal es nula; sería algo similar a otros efectos directos de la Ley como es el derecho de arrendamiento proyectado sobre fincas urbanas regulado por la legislación especial, texto refundido de 24 de diciembre de 1964 que no se incluye en la herencia del arrendatario al ser la subrogación en el contrato de inquilinato un derecho derivado directamente de la Ley en favor de parientes próximos al primer contratante (45).

Ahora bien, el precepto sustantivo que analizamos tendrá efecto directo sobre lo previsto en el artículo 24 del texto refundido del impuesto sucesorio, a cuyo tenor: «El ajuar doméstico se fijará de oficio en un 3 por 100 del importe del caudal relicto, salvo que los interesados hubieren asignado a dicho concepto una valoración superior y sin perjuicio de la comprobación administrativa»; hay que entender que pueden seguirse manteniendo las conclusiones a las que hasta el momento presente llegaba la doctrina, tanto en torno al carácter automático de su fijación (46) como a su naturaleza (47), pero con referencia exclusiva a las ropas, ense-

(45) Sobre la transmisión «mortis causa» del derecho arrendatario pueden consultarse los comentarios de Díez Picazo a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1957, en «Estudios sobre la jurisprudencia civil», volumen I, pág. 600.

(46) Para el profesor Albiñana García-Quintana, en «El sistema fiscal en España (1973)», pág. 554, las conclusiones que cabe obtener de lo dispuesto en el artículo 24.2 del Texto Refundido, son las siguientes: a) Que en todo caso se estima la existencia de ajuar doméstico; b) que salvo valoración superior por la Administración Pública o por los interesados, el ajuar doméstico se estima en un 3 por 100 del caudal relicto; c) Que formando parte el ajuar doméstico del caudal relicto se valora en función de este último..., esto es el ajuar doméstico es el 3 por 100 del resto del caudal relicto, d) En el ajuar doméstico no deben considerarse comprendidos aquellos bienes que en contrándose en el hogar, no tienen las expresadas características, pues al fin no son de uso común en las casas (por ejemplo, cuadros, porcelanas, tapices, alhajas, etc.).

(47) Por su parte, Muñoz López entiende que la adición de determinado porcentaje en concepto de ajuar doméstico, no deriva de la aplicación de una presunción, sino de un «expediente técnico» calificable como institución afin a la presunción y caracterizado por las siguientes notas: a) Se trata de un mecanismo utilizado en la gestión tributaria, que aplica un cálculo basado en la experiencia, cuyos resultados se generalizan, con la finalidad de simplificar la práctica de un acto administrativo de naturaleza fiscal, cual es la comprobación de valores; b) Este significado aparece muy claramente en la expresión contenida en el apartado 2) del citado artículo 24 «el ajuar doméstico se fijará de oficio»; c) Por su propia naturaleza resulta indiscutible para los contribuyentes afectados, ya que el porcentaje del

res y mobiliario no conectados con la vivienda común habitual de los esposos; en resumen, en las herencias podrá seguir habiendo ajuar pero referido a otros supuestos distintos de los previstos en el artículo 1.321 del Código civil; de no seguirse esta tesis se haría tributar al heredero por algo que la Ley atribuye directamente al cónyuge sobreviviente.

e) *Régimen de la sociedad de gananciales.*—Analizada con carácter general la problemática de la sociedad de gananciales, resta sólo hacer mención aquí de un aspecto singular que puede ser representativo de una transmisión onerosa; nos referimos a los reembolsos a que hace referencia el artículo 1.358 del Código, en relación con el 1.355; en efecto del segundo de los preceptos citados se desprende que «Podrán los cónyuges de común acuerdo atribuir la condición de gananciales, a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga».

Si la adquisición se hiciera en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes; siendo esto así, puede ocurrir que dinero privativo se transforme en bien ganancial, lo cual ha de tener sus correspondientes efectos cuando se produce una mutación en el régimen económico del matrimonio.

A tal fin, el artículo 1.358 dispone que: «Cuando conforme a este Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación»; el reembolso del valor puede ser equivalente a la contraprestación por la porción del bien en que se han adquirido ciertos derechos como consecuencia de la atribución de carácter ganancial a lo que con arreglo a un criterio puramente económico no lo era; de ahí la obligación de reembolso para que en definitiva el cónyuge que no colaboró a la financiación de lo adquirido consolide su situación patrimonial con incidencia en el hecho imponible del tributo.

f) *Excesos de adjudicación.*—Como en otro lugar expusimos (48) la ley considera transmisiones onerosas sujetas al impuesto los «excesos de adjudicación declarados». La justificación del precepto consiste en la consideración de adquisición onerosa, de lo que sobrepasa de aquello a que por ley o por negocio jurídico

3 por 100 es un mínimo que, en el caso de que la Administración decida aplicarle, no puede ponerse en cuestión», en «Impuestos sobre Sucesiones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados», Estudios de Hacienda Pública, Instituto de Estudios Fiscales, volumen I (1977).

(48) Me remito a mi «Manual del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados», Instituto de Estudios Fiscales (1981), págs. 169 y sigts.

tiene derecho quien recibe los bienes, siendo casos paradigmáticos los que traen como causa una partición hereditaria o los que se producen como consecuencia de la reducción de capital o disolución de sociedades.

Conocida es la polémica doctrinal en torno a si los excesos de adjudicación nacen del valor declarado por los interesados o del comprobado por la Administración; los argumentos en favor de una u otra tesis, son compartibles desde las diversas perspectivas de que emanan, aun cuando más recientemente se opta por soluciones eclécticas (49) en pro de la fijación de un determinado porcentaje, superado el cual el exceso se liquidaría por el valor comprobado; este último planteamiento es el que se reflejó en el Proyecto de Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones donde en el artículo 15-3 se dispuso: «Se liquidarán excesos de adjudicación cuando existan diferencias, según el valor declarado, en las adjudicaciones efectuadas por los herederos o legatarios, en relación con el título hereditario; también se liquidarán los excesos de adjudicación cuando el valor comprobado de lo adjudicado a uno de los herederos o legatarios exceda del 50 por 100 del valor que le correspondería en virtud de su título».

El texto refundido ha seguido la línea más compartida doctrinalmente (50) haciendo entronque de la transmisión onerosa de lo que se recibe en exceso con los valores declarados.

La exención contenida en el artículo 65-1-13 del texto refundido de 6 de abril de 1967 se ha convertido en un supuesto de no sujeción, puesto que en tal sentido se declaran «los que surjan de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 821 (51), 829 (52),

(49) Partidario de esta tesis se muestra Serrera Contreras, en «Los excesos de adjudicación y de aportación en los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y sobre las Transmisiones Patrimoniales», «Impuestos sobre Sucesiones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados», Estudios de Hacienda Pública, Instituto de Estudios Fiscales, volumen I (1977), págs. 1097 y sigts.; el autor, antes de llegar a fundamentar su posición, pasa revista a las posiciones doctrinales que pueden considerarse antagónicas al respecto, a saber las de Bas y Rivas y Ruiz Artacho, la primera proclive a que el exceso de adjudicación pueda nacer del valor comprobado y la segunda del declarado; véase asimismo: «Tratamiento fiscal de los excesos de adjudicación en las herencias», de Hortal Sánchez, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 497 (1973), págs. 506 y sigts.

(50) Véase por todos Tejera Victory, en «El Impuesto de Derechos Reales en la vida mercantil», 1956.

(51) El artículo 821 del Código civil indica: «Cuando el legado sujeto a reducción consista en una finca que no admita cómoda división quedará ésta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y en caso contrario, para los herederos forzosos; pero aquél y éstos deberán abonarse su respectivo haber en dinero. El legatario que tenga derecho a íteglíma podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere al importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima».

(52) Manifiesta el artículo 829 del Código: «La mejora podrá señalarse en cosa determinada. Si el valor de ésta excediera del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados».

1.056-2.º (53) y 1.062-1.º (54) del Código civil y Disposiciones de Derecho foral basadas en el mismo fundamento». En concreto, cuando se trate de reducción de legados, mejoras o adjudicación de cosas indivisibles, entre las disposiciones de Derecho foral de cuya aplicación surgen excesos de adjudicación no sujetos al impuesto, cabe citar las que regulan el derecho de los legitimarios catalanes (55) a que se refiere el artículo 15 de la Ley Hipotecaria mencionados en el artículo 31 (13) del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 15 de enero de 1959, a cuyo tenor: «El acto de satisfacer el heredero a su elección, con arreglo a la legislación foral, a los demás herederos su legítima en la clase de bienes que estime conveniente, no devengará el impuesto por otro concepto que el de herencia».

Por último, creemos, sigue siendo aplicable el supuesto contenido en el artículo 43-2 de la Ley refundida de 6 de abril de 1967, a cuyo tenor: «Cuando en cumplimiento de las disposiciones testamentarias del causante, se adjudique al cónyuge viudo el usufructo de la totalidad del caudal y a los hijos legítimos la nuda propiedad, no se liquidará aunque lo hubiere, por dichos conceptos, exceso de adjudicación» (56) (57).

Tras este planteamiento previo no nos queda sino hacer mención de los excesos de adjudicación que pueden surgir de lo dispuesto en el artículo 841 a cuyo tenor: «El testador o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél, podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios.

También corresponderá la facultad de pago en metálico en el mismo supuesto del párrafo anterior al contador partidor activo a que se refiere el artículo 1.057 del Código civil».

Creemos que estos excesos de adjudicación deben considerarse no sujetos al impuesto, ya que en el fondo responden al mismo planteamiento que ha servido de base para la mención específica de otros en la ley fiscal, con lo cual el uso de la facultad a que se refiere el mencionado artículo 841 aparecerían actos no sujetos al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

(53) El apartado segundo del artículo 1.056 dispone: «El padre que en interés de su familia ouiera conservar indivisas una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos».

(54) El artículo 1.062, en su apartado primero, es del siguiente tenor: «Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero».

(55) Sobre la posición de los legitimarios catalanes en relación con el Impuesto sucesorio, véase la Circular 11/68, de 14 de junio, de la Dirección General de lo Contencioso.

(56) La Ley fiscal parece referirse al supuesto contemplado en el párrafo tercero del artículo 820 del Código civil.

(57) Asimismo, puede hacerse mención de los excesos de adjudicación gratuitos; véanse en tal sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1970 y 5 de abril de 1971.

La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de Familia

ANTONIO GORDILLO,
Profesor Adjunto de Derecho civil
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. Planteamiento: Posible influencia de la reforma del Código civil en la calificación como principio general del criterio de protección del tercero de buena fe.—II. Normas que expresamente hacen aplicación del principio de protección del tercero. 1) Arts. 61, 64, 89 y 318: publicidad registral del matrimonio y de su disolución por divorcio. 2) Artículo 156: protección de terceros de buena fe en relación con el ejercicio de la patria potestad. 3) Art. 1.320: protección del adquirente de buena fe de derechos sobre la vivienda habitual y muebles de uso ordinario de la familia. 4) Art. 1.335: protección de los terceros de buena fe respecto a la anulación de las capitulaciones matrimoniales. 5) Arts. 1.391 y 1.433-1.434: protección del adquirente de buena fe respecto a los actos realizados por un cónyuge en fraude de los derechos del otro.—III. Normas que sin mencionar al tercero de buena fe son aplicación del principio de protección de la apariencia jurídica. a) Arts. 53, 73, 78 y 79: matrimonio putativo o aparente. 2) Arts. 102 y 1.436: publicidad registral de la separación, personal y de bienes. 3) Arts. 113, 131, 135, 137, 140: posesión de estado. 4) Arts. 1.319 y 1.365: la potestad doméstica. 5) Artículos 1.384 y 1.385: legitimación individual en la administración de gananciales en interés de la seguridad y de los terceros.—IV. Situaciones en las que, sin norma expresa, es analógicamente aplicable el principio de protección de terceros. 1) Art. 83: terceros desconocedores de la separación personal de los cónyuges. 2) Art. 96: tercero adquirente de la vivienda y objetos de uso ordinario en ella, cuyo uso corresponde al cónyuge no titular tras la sentencia de nulidad, separación o divorcio. 3) Art. 166: tercero adquirente de bienes del hijo, salidos del patrimonio de éste por ejercicio excedido de la patria potestad. 4) Art. 1.322: tercero que contrata con un cónyuge que actúa sin el consentimiento del otro cuando tal consentimiento es necesario. 5) Art. 1.370: tercero adquirente de bien ganancial afecto a la responsabilidad por su precio aplazado. 6) Art. 1.377: tercero adquirente de bien ganancial actuando un

cónyuge sin consentimiento del otro. 7) Art. 1.381: tercero adquirente de frutos o productos de bienes privativos que exceden la facultad dispositiva del cónyuge.—V. Conclusión: Confirmación del principio de protección del tercero que de buena fe confía en la apariencia en las normas reformadas del Código civil.

I. Con ocasión de situar en su adecuado marco la concreta figura de la representación aparente hubimos de ocuparnos por extenso y no hace mucho tiempo del *principio general de protección del tercero que de buena fe confía en la apariencia jurídica* (1). No es pacífico, en nuestra doctrina ni en la extranjera, que al criterio protector del tercero de buena fe le corresponda el alcance propio de un auténtico principio general. En su momento tomamos nota de las distintas opiniones al respecto (2) y adoptamos como criterio para la superación del *impasse* doctrinal al respecto la antigua y sabia norma de Paulo, recogida en el Digesto (50, 17, 1) entre las *regulae juris*: *non ex regula ius sumatur sed ex iure, quod est, regula fiat*. La ley vigente es la que debe suministrar los datos desde los cuales poder concluir el alcance real de la medida: ¿puro expediente excepcional; principio lógico informador de hipótesis singulares; auténtico principio general? Tras un detenido recorrido por nuestro Código civil nosotros mantuvimos que la protección del tercero de buena fe es un verdadero principio general en nuestro ordenamiento. No fue la primera, ni ha sido la última vez que tal recorrido, y con igual propósito, se realizaba, aun cuando no siempre para llegar al mismo resultado (3).

A nuestro juicio, en no pocas ocasiones, el tema se ha centrado excesivamente en torno al artículo 464 del Código civil. Partiendo de una determinada interpretación del mismo, se le ha querido ver reflejado y aplicado en concretas y singulares, aun cuando repetidas, soluciones legales; o, por el contrario, se han buscado claves de explicación de tales soluciones legales, distintas al artícu-

(1) Nos referimos a nuestra obra *La representación aparente. (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*. Sevilla, 1978.

(2) *Op. cit.*, págs. 377 ss.

(3) Cfr., principalmente, HERNÁNDEZ GIL: *De nuevo sobre el art. 464 del Código civil*. RDP, 1944; VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: *La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública*. RDP, 1947; JORDANO BAREA, Juan B.: *La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros*. ADC III, 1950; MELÓN INFANTE, Carlos: *La posesión de bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título*. Barcelona, 1957. Últimamente han vuelto sobre el tema HERNÁNDEZ GIL, en *La posesión*, Madrid, 1980, págs. 594-609, y VALLET DE GOYTISOLO: *De nuevo sobre la posesión de bienes muebles. Tres estudios en torno al art. 464, 1 del Código civil*. ADC 1980, II, páginas esp. 301-308. Del mismo se habían ocupado poco antes MIQUEL GONZÁLEZ, José María: *La posesión de bienes muebles (Estudio del art. 464, 1 del Código civil)*. Madrid, 1979, págs. 403-438, así como CÁMARA, Manuel: *Contribución al estudio del art. 464 del Código civil*. RDN, abril-junio 1979, págs. esp. 38-55.

lo 464, en su interpretación generalmente llamada germanista (4). Pensamos que en nuestros días el planteamiento básico ha de ser el inverso. El artículo 464 no es la atalaya privilegiada desde cuya altura quepa divisar el sentido integral del ordenamiento. Ocurre más bien al contrario: desde la generalidad del ordenamiento ha de atribuirse hoy al artículo 464 su verdadero sentido. Desde el artículo 3, 1 del Código civil toda interpretación atendida sólo a la formulación literal de un precepto, o a sus antecedentes históricos, es necesariamente una interpretación insuficiente, por reduccionista, si no toma en consideración igualmente el criterio sistemático y la realidad social del momento de aplicación de la norma. Si históricamente el criterio subyacente al artículo 464 del Código civil pudo jugar el papel de brecha de penetración del criterio favorecedor de la seguridad dinámica, frente a la seguridad estática (5), hoy, la implantación generalizada de tal criterio desborda ampliamente el significado del artículo 464, norma a integrar en la actualidad, si se la quiere coherente, en el conjunto de las que sirven a la indicada implantación generalizada de la seguridad del tráfico. Hernández Gil, quien por cierto se ha ocupado expresamente de la interpretación del artículo 464 del Código civil desde los criterios recogidos en el artículo 3 (6), inscribe hoy la norma del artículo 464 dentro de la protección de la apariencia, que constituye uno de los fundamentos de la posesión y que inspira otras normas del Código civil. La posesión (o, en su caso, la inscripción en el Registro), la buena fe y la intervención de los terceros, elementos con especial relieve en la apariencia, lo tienen también —añade— en el artículo 464 (7).

La materia sigue y seguirá siendo polémica, pero a su solución no puede ser indiferente la extensa y profunda modificación producida en el Código civil como consecuencia de la reciente reforma del Derecho de familia. La consagración definitiva y el reconocimiento cierto de un principio general no es, evidentemente, obra de un día. En nuestra visión del problema es claro que las aplicaciones singulares, insustituible base de la inducción, se generalizan al margen de la visión del principio que sobre ellas comienza a dibujarse. Cuando el principio es ya perceptible como tal, con la nota, por tanto, de su generalidad, ha de convivir todavía con hábitos doctrinales mantenidos por la inercia y con normas vigentes, en lo formal, con una amplitud que la realidad jurídica desmiente. Ciertamente el artículo 464 no hace inútil la usucapión

(4) y que HERNÁNDEZ GIL propone denominar, sin connotaciones étnicas, progresiva. Cfr. *La posesión*, cit., págs., e.c., 574 ó 578.

(5) Inevitable es en este punto el recuerdo del estudio de EHRENBERG, Victor: *Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit*. Iherings Jahrb., 1904.

(6) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Nuevas perspectivas para la interpretación del art. 464 del Código civil*. Discurso leído el día 29 de noviembre de 1976 en la sesión inaugural del curso 1976-77. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 1976.

(7) Cfr. *La posesión*, cit., págs. 594-595.

mobiliaria; como su paralelo, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no deja sin ámbito de operatividad la usucapión de inmuebles. Pero, ¿no es igualmente cierto que desde ambos preceptos la usucapión deja de tener el alcance que, en dependencia de su configuración histórica, el Código civil parece atribuirle? En un mismo conjunto normativo coexisten normas que responden a distinta orientación e inspiración. Labor del intérprete es conjugarlas debidamente. La repetición de las de un mismo signo permite señalar las líneas básicas del ordenamiento; desde ellas se dibujan los principios y a su luz se encuadran las normas.

¿Qué ha supuesto respecto a la protección del tercero de buena fe la reforma del Derecho de familia? ¿Podrá confirmarse desde ella su alcance de principio general, o, por el contrario, habrá de entenderse reafirmado el de la efectividad de la situación real, por más distinta que pueda resultar de la apariencia que la oculta? Nosotros nos hemos referido ya al avance que, sobre el modelo dibujado por el Proyecto de 1851, supuso en este punto el Código civil (8). ¿Significará su última reforma un paso más en igual sentido, o marcará una variación de rumbo? De nuevo, *non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat*. ¿Qué significa el *novum ius* respecto a la polémica *regula*? En nuestra opinión, la regla, o principio, extraída del Código civil antes de su última reforma resulta confirmada —¿quizá, incluso, excesivamente en alguna ocasión?— tras ella. A su comprobación se dedican estas páginas.

II. Entendemos conveniente comenzar refiriéndonos a las normas que suponen consagración expresa de la protección del tercero de buena fe. No pretendemos en este punto hacer una prolija enumeración de las mismas; creemos preferible agruparlas temáticamente en cuanto su materia lo permite.

1. En este sentido conviene destacar en primer lugar los artículos 61, 64, 89 y 318. El matrimonio, aun el secreto, produce efectos civiles desde su celebración; sin embargo, el matrimonio no inscrito (en el Registro Civil ordinario, el secreto) no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas (arts. 61 y 64). La disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia firme que así lo declare; sin embargo, no perjudicará a terceros de buena fe, sino a partir de su inscripción en el Registro Civil (art. 89). La emancipación por concesión, dándose sus requisitos, se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el juez encargado del Registro; sin embargo, no producirá efectos contra terceros hasta que no sea inscrita en el Registro Civil (arts. 317-318).

No debe ser objeto de análisis en esta ocasión lo que de novedoso, en relación con la anterior regulación, puedan suponer las normas ahora indicadas. Centramos nuestra atención en lo que en ellas se contiene de normas de protección de terceros que de buena

(8) Cfr. *La representación aparente...*, cit., págs., e.c., 389-391; 392-395; 401-402...

fe confían en la apariencia. En tal sentido, los artículos a que hemos hecho referencia son, en buena parte, continuadores del régimen anterior. El matrimonio, tanto en su existencia como —ahora con mayor interés— en su disolución, así como la emancipación, no obstarán su eficacia pre-registral o para-registral *inter partes*, no perjudicarán a terceros de buena fe, sino a partir de su publicidad registral. El Registro Civil supone un medio de constancia de la realidad, módulo definitivo de la misma, respecto a los terceros de buena fe; esto es, los terceros que a través del Registro obtienen el conocimiento del estado civil —para ellos no irrelevante— de la persona con la que van a entrar en relación. Análoga disciplina —en lo fundamental, repetimos— consagraban los ahora derogados artículos 76 y 79 (matrimonio canónico, en general, y matrimonio secreto) del Código civil, así como el 70 de la LRC y, por lo que hace a la emancipación, el antiguo artículo 316 del C. c.

El Registro como, en general, la posesión y todos aquellos medios por los que se produce una manifestación exterior de una determinada situación jurídica, es una institución desencadenante de situaciones de apariencia protegibles. Con razón se dice que el Registro constituye la *species facti* artificial o provocada de la apariencia jurídica (9). En efecto, es fácil comprobar cómo publicidad registral y protección de la apariencia responden a una misma finalidad esencial: dar certeza a las situaciones jurídicas mediante su constancia pública, con lo que ello comporta de ventaja para los terceros que confían en el Registro, e igualmente de ventaja, aunque también de riesgo, para el titular de la situación jurídica inscribible pero posiblemente no inscrita. El Registro, nacido para el fiel reflejo de la realidad, termina siendo en ocasiones el medio por el que se preconstituye la apariencia disconforme con la realidad y determinante del error inculpable del tercero. Tal ocurrirá en los supuestos de discordancia entre la situación publicada y la real, tanto por consecuencia de una inscripción inexacta (originariamente o por consecuencia de modificación sobrevenida —inscribible y no inscrita— en la situación publicada), como en aquellos supuestos en que la realidad inscribible tenga predispuerto un sistema de publicidad con presunción de integridad o esté sometida a inscripción forzosa como condición de eficacia frente a terceros y no haya sido publicada: la no inscripción se convierte entonces en apariencia negativa o apariencia de inexistencia de una realidad que, aunque existente no será oponible a terceros que la desconozcan (10).

(9) Cfr., sobre todo, CANARIS, Claus-Wilhelm: *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*. München, 1971, pág. 492. Entre nosotros, DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo: *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*. Bilbao, 1975, págs. 28 ss.

(10) En relación con la inscripción del matrimonio canónico, Cfr. FUENMAYOR, Amadeo: *La inscripción del matrimonio canónico en el Registro Civil*. ADC, 1954, pág. 106: «La falta de inscripción del matrimonio canónico

Cuanto de la publicidad acabamos de afirmar es de aplicación no sólo a la publicidad inmobiliaria registral (cuyo campo de actuación es el Derecho llamado patrimonial o de bienes), sino también a la publicidad relativa al estado civil (perteneciente, por ello, al Derecho de la persona). El Derecho, todo, forma una unidad esencial, y no es posición recomendable la que trata de separar a todo trance el sector de lo personal y el campo de lo patrimonial. Las batallas decisivas por el reconocimiento del valor personal no se ganan en la afirmación enfática del Derecho de la persona o de los derechos de la personalidad, sino en el tratamiento dado al régimen de bienes. Una proclamación de los derechos personales que no llegue a afectar al Derecho de bienes se frustra en su inoperancia y termina por reducirse a la esterilidad (11) Del mismo modo que el Derecho patrimonial ha de *personalizarse*, el Derecho de la persona no puede prescindir de sus ramificaciones patrimoniales. El estado civil y, por ello, el Registro dedicado a su publicidad, también, y quizá de modo fundamental desde el punto de vista de los terceros, afecta a cuestiones de carácter patrimonial. «La publicidad del matrimonio —ha dicho Espín (12)— es necesaria para evitar la inobservancia de las prohibiciones que limitan la capacidad matrimonial, y frente a los terceros porque el régimen matrimonial puede afectar la responsabilidad patrimonial de cada cónyuge, al ser el patrimonio de la persona la garantía del acreedor (art. 1.911)». En cuanto a terceros, y en el orden patrimonial, el Registro Civil configura una situación de apariencia protegible con igual efectividad que la derivada de la apariencia estrictamente patrimonial: lo publicado se considera como real en relación con los terceros de buena fe; lo no publi-

en el Registro Civil puede determinar un estado aparente distinto del real en los cónyuges que lleve a los terceros a tenerlos por no casados».

(11) En este sentido, el art. 3 de la Constitución italiana. De la proclamación de los derechos personales derivan, inevitablemente, las transformaciones económicas y sociales exigidas para la efectividad de aquéllos: «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizione personali e sociali. E compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese». Para un comentario de la norma, vid. LIPARI: *Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1980, págs., esp., 121-133. En sentido paralelo, el art. 9, 2 de nuestra Constitución: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». En el tratamiento doctrinal del tema subraya especialmente el condicionamiento de la efectividad de los derechos de la persona por las condiciones económicas y sociales, BERCOVITZ, Rodrigo: *Derecho de la persona*. Madrid, 1976, pág., e.c., 196.

(12) *Manual de Derecho civil español*, IV, Familia. Madrid, 1981, págs. 56-57.

cado no les es oponible (13). Como se indica en la Exposición de Motivos del Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, «la actividad pública registral, en íntimo contacto con el Derecho común, tiene por fin... siempre, proporcionar a los particulares una información sobre la condición civil de las personas en la que por sus garantías jurídicas puedan confiar».

(13) La dimensión patrimonial de la fe pública registral referida al Registro Civil, quedaba expresamente resaltada en la redacción inicial de los arts. 61 y 64 en el Proyecto de reforma: «El matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos *patrimoniales* adquiridos de buena fe por terceras personas», decía el tercer párrafo del art. 61; «Para el reconocimiento del matrimonio secreto basta su inscripción en el libro especial del Registro Central, pero no perjudica los derechos *patrimoniales* adquiridos de buena fe por terceras personas, sino desde su publicación en el Registro Civil ordinario», añadía el 64. La Ponencia, primero, y la Comisión de Justicia, después, aprobaron la modificación suprimiendo en ambos preceptos el término «patrimoniales». Naturalmente no porque no sea la patrimonial la esfera en que respecto a terceros actúa fundamentalmente la publicidad derivada del Registro Civil, sino por considerarse sin precedentes e innecesaria tal delimitación de efectos. Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso*, número 153 (día 25 de marzo de 1981), págs. 9543-9545. El diputado DE LA VALLINA VELARDE, por Coalición Democrática, defendió la redacción inicial, entendiendo que la omisión de la referencia al carácter patrimonial de los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas produciría efectos no queridos y sumamente delicados: «...el principio general que se quiere establecer de protección a los terceros de buena fe debe quedar reducido exclusivamente al ámbito de los derechos patrimoniales, como hacía el Proyecto en su redacción inicial, o si se quiere extender a otros ámbitos (derechos personales, derechos familiares, matrimoniales, etc.) habría que precisar y matizar mucho más y poner esta protección de los terceros de buena fe en relación con los efectos de la nulidad del matrimonio que se regula en los arts. 73 y ss. Como botón de muestra baste citar la dificultad, dada la redacción que se da a estos artículos, de compatibilizar, de articular la protección de los terceros de buena fe con la regulación establecida en el artículo 46 sobre incapacidades para contraer matrimonio, entre las que se señala el no estar ligado con vínculo matrimonial. Cabe preguntarse entonces si esa protección de los terceros de buena fe que se establece en los artículos 61 y 64 supone que el segundo matrimonio, cuando esté vigente el vínculo del primer matrimonio no inscrito en el Registro Civil, ese segundo matrimonio, digo, es válido si no tienen efecto las consecuencias de la nulidad que en este caso se establecen en los arts. 73 y ss.; si es que, efectivamente, la inscripción en el Registro Civil tiene un valor constitutivo a efectos del matrimonio. Me parece que simplemente con estos interrogantes que quedan abiertos es suficiente para poner de manifiesto que nos encontramos ante un tema delicado y complejo que no queda resuelto satisfactoriamente con la formulación propuesta y, por ello, la protección de los terceros de buena fe debe quedar reducida, como hacía el Proyecto, exclusivamente a los derechos patrimoniales o, en caso contrario, habría que matizar mucho más las consecuencias de esa protección a como se establece en esta redacción de los arts. 61 y 64». En contra, y por el texto en su definitiva redacción, el diputado ESCARTÍN IPIENS: «...esta norma del párrafo tercero, tal como venía en el Proyecto del Gobierno, no tenía ningún antecedente en nuestro Derecho histórico, ni tampoco en lo que fuera el Anteproyecto de la Comisión de Codificación, y aunque no he llegado a averiguar por qué razón se introdujo la palabra «patrimoniales» (que no tenía ningún antecedente en nuestra doctrina), creo que probablemente fue para evitar

Se explica por lo anterior que, tanto el matrimonio como la emancipación, aun cuando válidos y eficaces *inter partes* antes de su inscripción, no puedan perjudicar a terceros de buena fe o, lo que es igual, no produzcan efectos contra terceros, sino desde su cognoscibilidad registral. Como a la inversa, el matrimonio o la emancipación inscritas, aun cuando nulos, funcionarán como válidos, a efectos patrimoniales, frente al tercero que, por obra de la publicidad, confía en su validez. La sentencia de divorcio produce la disolución del matrimonio a partir de su firmeza, según hoy dispone el artículo 89 del Código civil, *pero no* perjudicará a terceros de buena fe, sino a partir de su inscripción en el Registro Civil. ¿Qué puede significar ello sino que frente a terceros —a los que el matrimonio ajeno sólo interesa desde el punto de vista patrimonial— los en realidad ya excónyuges, siguen respondiendo mientras la sentencia de divorcio no se inscriba como si el matrimonio siguiera subsistente?

Es, esta última, entre las ahora examinadas, la norma reformada de mayor interés y novedad. Su lógica resulta clara: como el matrimonio, aun eficaz *inter partes*, no perjudica los derechos adquiridos de buena fe por terceros, sino a partir de su cognoscibilidad, del mismo modo, su disolución tampoco perjudicará a terceros sino desde su inscripción en el Registro Civil. De todas formas su aplicación —se pensará— pudiera llevar a situaciones

alguna de las sospechas que le ha proporcionado a Coalición Democrática la motivación de su voto particular. Pero yo creo que realmente tales sospechas carecen totalmente de fundamento. Efectivamente, si precisamos lo que son los fines de una inscripción, aparte de la pura información o del título de prueba o título de estado civil o de constitución de una situación determinada y producción de efectos, desde el punto de vista de la fe pública, la inscripción en el Registro Civil solamente plantea un efecto preclusivo, es decir, que lo no inscrito no perjudicará a terceros, pero nunca, fundado en una situación registral, se puede adquirir una situación en firme, o sea, la fe pública no produce nunca en el Registro Civil un efecto de carácter convalidante. Quiero decir con esto que, por supuesto, en el caso de que una persona se hubiera casado y no hubiera inscrito su matrimonio, y posteriormente contrajera matrimonio con otra persona, evidentemente no podría invocar que la protección del tercero de buena fe hiciera válido el segundo matrimonio, porque aquí pesaría el principio de impedimento de vínculo que ya hemos establecido y, desde luego, nunca el párrafo tercero del art. 61 podría prevalecer sobre el impedimento de vínculo que era —creo yo— el argumento más importante que dió el señor DE LA VALLINA en Comisión. Quiero decir a este respecto que en los principios registrales de la Ley de Registro Civil este tema está perfectamente resuelto, porque nunca una inscripción convalida los actos que son nulos en su propio origen; es decir, aquel segundo matrimonio, nulo en su propio origen, no podría ser convalidado por el efecto de la publicidad registral. Por consiguiente, los escrúpulos del señor DE LA VALLINA no están compartidos por los antecedentes históricos de la Comisión de Codificación y están perfectamente solucionados dentro de lo que es la unidad del sistema, la protección registral y el alcance de la fe pública y de los Principios de la Ley del Registro Civil. Por consiguiente, consideramos que restringir solamente la protección a los derechos patrimoniales es arbitrario y nos vamos a oponer al voto particular, defendiendo el voto de la Comisión».

problemáticas. ¿Cómo hacer responder por una determinada actuación posterior al divorcio no inscrito como si el matrimonio continuara en vigor cuando, por hipótesis, éste pudiera estar ya hace tiempo disuelto y liquidado su régimen económico? La situación no es tan problemática si se toma en consideración que, a diferencia de lo que ocurre respecto a las situaciones de titularidad y de gravámenes jurídico-reales, el estado civil de las personas en general, y en concreto el matrimonio, tienen modos habituales de cognoscibilidad que no son sólo su publicidad registral. Lo que respecto a la prueba de las situaciones notorias establezca el principio *notoria non eget probatione*, es también aplicable a su publicidad: lo que es fácticamente cognoscible no necesita de la publicidad como medio de cognoscibilidad, si no único, sí al menos especialmente privilegiado. Quiere todo ello decir que en la materia que nos ocupa se ha de calibrar de modo especial la *buena fe* del tercero que, al amparo de la publicidad registral, alegue desconocimiento de la realidad jurídica no inscrita. No creemos que quepa trasladar a esta materia, sin matices especiales, la presunción de buena fe establecida en general en favor del tercero que confía en la apariencia. El tercero desconocedor de una situación de hecho normalmente cognoscible (*können oder können müssen*, en la usual expresión alemana), aun cuando no publicada, no es el tercero de buena fe —por ello diligente— que el Derecho protege. Si hasta la publicidad derivada del Registro de la propiedad deja de jugar en favor del *tertius sciens*, con mayor razón ocurrirá ello en el ámbito del Registro Civil, donde lo publicado puede ser cognoscible, incluso notorio, al margen del Registro y donde, por tanto, habrá de contarse con mayor facilidad con la posibilidad de *tertii scientes* que deriven su conocimiento de fuentes ajenas a la publicidad jurídico-registral.

Lo que en las normas reformadas acaso sea oportuno resaltar es la omisión en el nuevo artículo 61 de la referencia contenida en el derogado artículo 76 del Código civil (y en el 70 de la LRC) a la diligencia en la pronta solicitud de inscripción del matrimonio. La reforma tiene más interés desde el punto de vista doctrinal y teórico que desde su vertiente práctica. La disciplina establecida en atención al dato de la solicitud dentro de los cinco días tras la celebración del matrimonio venía a constituir, en expresión de Peré Raluy, «una especialidad de levísima importancia práctica» (14). Entendemos preferible y más exacta en su simplicidad

(14) PERÉ RALUY: *Derecho del Registro Civil*, II. Madrid, 1962, pág. 681: «Una especialidad de levísima importancia práctica existe, en relación con estas inscripciones, por virtud de lo dispuesto en los artículos 70 L. y 76 CC.: Cuando la inscripción se haya solicitado una vez transcurridos cinco días a contar desde su celebración no perjudicará los derechos legítimamente adquiridos por otras personas. Dicho precepto sólo entra en juego en las inscripciones de matrimonio realizados sin asistencia del Registrador o delegado por falta de aviso de los contrayentes, pues cuando éstos hayan dado el oportuno aviso, se entenderá implícitamente solicitada la inscripción del matrimonio».

la nueva redacción. Los efectos frente a terceros se producen a partir de la inscripción, sea cual fuere el momento en que ésta se produzca. El derogado artículo 76 parecía premiar la diligencia en la solicitud de la inscripción con una publicidad retrotraída a la fecha del acto publicado, no al de su publicidad; pero en materia de apariencia jurídica y, por tanto, de efectos de la publicidad, las consideraciones de culpabilidad o diligencia en el titular de la situación aparente han de ceder frente al hecho objetivo de la apariencia y a la buena fe del tercero (15).

2. El artículo 156, 3 viene a consagrar una norma «de protección de terceros de buena fe» (16), exigida por el régimen que se instaure en materia de patria potestad.

Los principios inspiradores de la reforma imponían la derogación del hasta ahora vigente sistema de atribución y ejercicio de la patria potestad. El nuevo artículo 156, 1 expresamente dispone que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Atrás queda ya el sistema de atribución a uno solo de los progenitores, en principio, el padre.

No encaja en el limitado objeto y finalidad de estas líneas entrar en la justificación de la nueva disciplina. Lo que sí hemos de resaltar es la mayor complejidad que, en cuanto a su ejercicio, implica la nueva patria potestad dual. Si hasta ahora el titular único de la patria potestad podía ejercitar por sí mismo el contenido de dicha *potestad* o derecho-función, a partir de ahora tal poder que «siempre ha de ejercerse en beneficio de los hijos» (art. 154), deberá ser desempeñado —porque en principio a ambos corresponde— por ambos progenitores. Habrá, pues, hoy de llegarse al acuerdo donde antes se podía actuar sin necesidad del mismo. Pero es obvio que no siempre a los acuerdos se llega fácilmente; a veces ni se llega. ¿Quedará por ello bloqueado el ejercicio de la patria potestad? Esto es lo que la ley ha de evitar.

Consciente el legislador de la dificultad del ejercicio siempre conjunto de un mismo poder, por una parte, y seguramente previendo desde el conocimiento de la realidad, de otra, lo que de hecho puede ser la desembocadura práctica de la atribución dual, tras establecer, como principio, que la patria potestad corresponde

(15) Hemos desarrollado este punto en *La representación aparente...*, cit., págs. esp., 191-219 y 459-465.

(16) Así la califica ESPÍN: op. cit., pág. 380: «En los supuestos de convivencia conyugal, e incluso en los de simples desacuerdos con el ejercicio de la patria potestad, la ley dicta una norma de protección a los terceros de buena fe que se relacionan con los progenitores». También, aun cuando ahora entendiendo de modo algo particular la protección al tercero, SUÁREZ SÁNCHEZ VENTURA, José María, y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Fernando: *Los actos de disposición de bienes de menores sometidos a la patria potestad en el Código Civil*. RDP, 1981, pág. 857: «Mas en concreto nos asalta la duda de si los actos de disposición que estamos estudiando son o no actos de ejercicio ordinario de la patria potestad, pues de ello depende la aplicación de esta norma protectora de los derechos de los terceros de buena fe».

a ambos cónyuges, y que, por tanto, por ambos ha de ser ejercitada conjuntamente, de inmediato añade lo que puede ser la forma ordinaria de tal ejercicio conjunto: su ejercicio por uno solo de los progenitores con el consentimiento del otro, expreso o, incluso, tácito (17).

No basta con lo anterior: ¿Qué hacer cuando no es posible llegar al acuerdo? ¿Y cuando los desacuerdos son reiterados e impiden o entorpecen el ejercicio de la patria potestad? He aquí una de las posibles fuentes de problemas derivados del sistema que ahora se instaura. El legislador les da respuesta en el segundo párrafo del artículo 156. El recurso al juez se hace inevitable.

Pero, ¿admitirá siempre el interés, posiblemente urgente, de los hijos la dilación que supone el recurso a la autoridad judicial? En cualquier caso la urgente necesidad justifica el ejercicio de la patria potestad por sólo uno de los cónyuges: «serán válidos los actos que realice uno de ellos... en situación de urgente necesidad». Excepción, pues, a la regla de la necesidad de ejercicio conjunto en favor de los intereses del hijo, introducida por el artículo 156, 1, *in fine*.

Y no sólo en favor del hijo. ¿Jugarán también aquí los intereses de terceros? Quienes entran en contacto con el progenitor que actúa en ejercicio de la patria potestad, ¿habrá de comprobar en cada caso y hasta el fondo que éste se atiene a las normas legales de tal ejercicio? ¿Deberá verificar siempre la realidad del consentimiento del otro progenitor y la adecuación de la actuación del que lo ejercita al interés del hijo? No son aquí recomendables criterios extremos: ni el rigor en la necesidad de comprobación, ni el favorecimiento del tercero a quien resulta cognoscible el irregular ejercicio de la patria potestad. ¿Cómo articular la norma ponderada y equitativa? Mediante el recurso a la figura habitual del *tercero de buena fe*.

Un atisbo de este criterio aparece ya en el párrafo primero del artículo 156. La validez de los actos realizados por uno solo de los progenitores «conforme al uso social» ha de entenderse más, creemos, como resultado de la apariencia hacia afuera de ejercicio regular de la patria potestad (por tanto, de cara a terceros), que como norma de habilitación *ad intra*, en cuanto el ámbito del consentimiento necesario hubiera de entenderse concedido de acuerdo con el uso. En el orden interno es más fácil verificar en cada caso la realidad y extensión del consentimiento. El criterio resultante

(17) En este sentido puede concluir SANCHEZ REBULLIDA, en *El nuevo régimen de la familia*, II, Madrid, 1981, pág. 100: «Así la patria potestad dual se presenta como un intento de equilibrio entre la rigidez e incomodidad de la patria potestad conjunta (necesaria actuación de ambos progenitores, en todo y para todo) y la discriminación que supone la patria potestad subsidiaria de la madre (sólo en defecto del padre), hasta ahora vigente. Puede describirse como titularidad conjunta y ejercicio solidario».

del uso, como envolvente de actuaciones válidas, aun cuando individuales, parece, repetimos, más indicado para las valoraciones *ab extra*.

Pero donde con mayor claridad y extensión se provee a la protección de los terceros de buena fe es en el párrafo tercero del mismo artículo 156: «En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro».

Se trata, evidentemente —como en toda norma protectora del tercero de buena fe— de una norma tendente a la evitación de situaciones de inseguridad. La necesidad de que el ejercicio de la patria potestad se oriente en beneficio de los hijos, de una parte, y de otra, la necesidad del consentimiento —posiblemente tácito— del progenitor cotitular de aquella y que no actúa, significan otras tantas posibles amenazas a la validez de la actuación de quien ejerce la patria potestad, que, de no cumplirse en cada caso y al poder no tener reflejo externo suficiente, introducirían de cara a terceros un perturbador elemento de inseguridad. Sancho Rebullida, en sus comentarios a este punto de la nueva disciplina, aun en fase de proyecto, temía esos posibles problemas de inseguridad (18). En la discusión parlamentaria se añade al artículo 156, según la redacción que le dio el Proyecto, lo que es su actual párrafo tercero; con él se evitan tales situaciones de inseguridad (19).

¿Qué viene a suponer el tercer párrafo del artículo 156? Que respecto de terceros de buena fe se presumirá el ejercicio regular de la patria potestad. Esto es, que cuando tal ejercicio regular no se produzca, o, quizá mejor, que aunque no se ejercite regularmente la patria potestad, en relación con terceros de buena fe, es decir, terceros ante quienes no se manifiestan indicios de tal

(18) Cfr. *La reforma del Derecho de Familia. Régimen económico del matrimonio, filiación y patria potestad*. Por LACRUZ BERDEJO, SANCHEZ REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRÍA y RIVERO HERNÁNDEZ. Instituto Nacional de Prospectiva. Cuadernos de Documentación, Madrid, 1979, pág. 148: «No especifica el Proyecto la forma y requisitos con que habrá de ser otorgado el consentimiento por el progenitor no ejerciente; parece que, conforme al espíritu de la reforma, podrá ser expreso o tácito y aun presunto; para actuaciones concretas o para el ejercicio general y continuado; de modo previo o por vía de ratificación, etc., aunque, dada la naturaleza de la función, no parece admisible el previo y general. En cualquier caso, si no ha existido, podrá el progenitor postergado impugnar los actos realizados sin su consentimiento. Todo ello puede plantear problemas de prueba y una cierta inseguridad».

(19) Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 17 diciembre 1980, págs. 8868-8869: El diputado RUIZ NAVARRO, argumentando contra enmienda de la Minoría catalana: «Pero también ese posible argumento de que con nuestro Dictamen —y digo nuestro como miembro de la Ponencia y de la Comisión— se puede crear una inseguridad en el tráfico jurídico, tampoco es exacto, señorías. En el artículo 156, párrafo tercero, en la nueva redacción de la Comisión, se dice: 'En los supuestos...'».

ejercicio irregular, se presume la regularidad del mismo: la actuación en ejercicio ordinario de la patria potestad y el consentimiento del otro progenitor. Para tales terceros la apariencia de regularidad funciona como regularidad. Así explicada la norma, requiere sin duda más detenido comentario. Aquí sólo podemos apuntar alguna cuestión de mayor bulto.

a) ¿Cuál es, en primer lugar, el significado y alcance de la presunción que se establece? Los comentarios ya aparecidos a este punto de la reforma la ponen en conexión con el consentimiento, en principio requerido, del cónyuge que no actúa. Si el primer párrafo del precepto admite que dicho consentimiento sea expreso o tácito, el tercero permite añadir una nueva modalidad: el consentimiento presunto (20). Creemos que no se llega por esta vía a la plenitud de sentido de la presunción indicada.

En primer lugar, porque puede entenderse que la presunción del artículo 156, 3 no se refiere sólo al consentimiento del progenitor que no actúa. Se presume igualmente que el cónyuge que interviene lo hace en el ejercicio ordinario de la patria potestad.

En segundo lugar, conectada la presunción al consentimiento del otro cónyuge, su contenido ha de llegar más allá de la mera permisión —en línea con el expreso y el tácito— de una nueva modalidad o forma de consentimiento: el consentimiento presunto. ¿Qué son, en realidad, los actos presuntos de voluntad? Los actos de voluntad —en el presente caso, el consentimiento— si realmente existen no admiten más que dos formas de producción: la declaración expresa de voluntad y la voluntad tácitamente manifestada; en ambos casos puede, efectivamente, producirse y manifestarse la voluntad real. Cuando, frente al consentimiento tácito, se comienza a hablar de consentimiento presunto es porque se ha variado de enfoque o perspectiva: más que la comprobación del auténtico y real contenido de voluntad, interesan —aun sin tal contenido— los indicios exteriores —apariencia— de su existencia. Del planteamiento *inter partes*, donde la comprobación es siempre posible y normalmente exigible, se ha pasado al de los problemas de terceros (21). Nos hemos referido ampliamente a

(20) Así, concretamente, SANCHEZ REBULLIDA, en *El nuevo régimen de la familia*, II. Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar. En colaboración por LACRUZ, SANCHEZ, LUNA, DELGADO ECHEVERRÍA y RIVERO, Madrid, 1981, pág. 100; «El consentimiento del no actuante puede ser expreso o tácito y aún —al menos frente a terceros (cfr. el párrafo tercero)— presunto; parece que, conforme al espíritu de la reforma, podrá ser expreso o tácito, y aun presunto...». También hablan de consentimiento presunto SUÁREZ SÁNCHEZ VENTURA y MARTÍNEZ MARTÍNEZ: op. cit., pág., e. c., 859.

(21) Cfr. BETTI: *Teoría general del negocio jurídico*, trad. española de A. Martín Pérez, 2.ª ed. Madrid, 1959, págs. 115-117: «Otras veces, al comportamiento inactivo del interesado refiere la ley efectos ventajosos para otros, terceros de buena fe, en cuanto contribuye a hacer surgir entre ellos una apariencia de derecho... Pero en estos casos la ley prescinde completamente del esquema ficticio de una declaración tácita del interesado inactivo y mira sólo

este punto al tratar de la diferenciación conceptual, e indiferenciación práctica entre representación aparente y apoderamiento tácito (22) y no consideramos necesario volver ahora *in extenso* sobre el tema. Hablar de *consentimiento presunto* es, en realidad, hablar de *presunción de consentimiento*, sin que la efectividad de tal presunción quede supeditada a que bajo los indicios que la permiten haya un contenido real de consentimiento, o que éste resulte sólo aparente.

¿Y cuál es, finalmente, la intensidad de una tal presunción de consentimiento? Justamente la que corresponde a la protección de los terceros de buena fe. Frente a ellos la apariencia funciona *inmediata y definitivamente* como si fuera la realidad. La protección de la apariencia se traduce, frente a los terceros, en su equiparación a la realidad. No estamos, pues, ante presunciones desvirtuables por la demostración de la realidad contraria, sino ante presunciones *juris et de jure*, cuyo funcionamiento viene a corresponderse —aun cuando sus presupuestos sean distintos— con el de las clásicas ficciones. Sólo así se provee suficientemente a la protección de la buena fe y, en función de ella, a la seguridad del tráfico (finalidad expresa de la norma en estudio).

b) Desde otro punto de vista merece la pena tratar de situar los límites de la norma protectora de terceros de buena fe establecida en el párrafo tercero del artículo 156: ¿Abarca los actos de disposición, o quedan estos excluidos de su ámbito? Recientemente se ha mantenido la interpretación restrictiva. Se ha entendido que los actos de disposición no entran en el ejercicio ordinario de la patria potestad. Al quedar ceñida la protección del tercero de buena fe sólo a los límites de tal ejercicio ordinario, los actos de disposición han de quedar fuera de su alcance. Para los actos de disposición, pues, no basta el *consentimiento presunto*; en ellos es necesario el consentimiento real, expreso o tácito.

a tutelar la buena fe y la legítima expectativa de quien tiene motivos para creer en la apariencia... No se nos oculta... que la doctrina común, dominada por el dogma de la voluntad y siguiendo las huellas de las fuentes justinianeas, recurre de buena gana a la figura de la 'manifestación tácita o del consentimiento tácito' para justificar con la ficción de una intención jurídica la atribución de un efecto que aparece requerido por la equidad o por la buena fe en varios casos en que se carece de una expresa declaración...».

(22) *La representación aparente...*, cit. págs. 144-155. Sobre el mismo tema, Cfr. Díez PICAZO: *La representación en el Derecho privado*. Madrid, 1979, pág. 162: Aun cuando conceptualmente distintos, en la práctica, apoderamiento presunto y apoderamiento tácito son difícilmente distinguibles: «Así entendido, el apoderamiento presunto coincide en muchos aspectos con el apoderamiento tácito, hasta el punto de que no es descaminado decir que las hipótesis de poderes tácitos son, en muchos casos, presunciones tipificadas. Sin embargo, apoderamiento tácito y apoderamiento presunto no deben confundirse. La presunción es un medio de prueba de una declaración de voluntad de apoderar que ha tenido que ser expresa, mientras que en el apoderamiento tácito toda declaración expresa ha faltado por hipótesis. En la práctica ambas ideas pueden coincidir...».

De otra forma, se añade, el nuevo sistema de patria potestad conjunta se derrumbaría con facilidad en perjuicio de uno de los cónyuges, generalmente la mujer (23). No compartimos una tal interpretación.

En primer lugar, y sin salir del artículo 156, no resulta indiscutible que el objeto de la presunción del párrafo tercero se limite sólo al consentimiento del cónyuge que no actúa. Hay que reconocer que la redacción de la norma permite esa interpretación: se presumiría entonces que el cónyuge que actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad, lo hace con el consentimiento del otro. Es más, la presunción de consentimiento encontraría su base en el hecho de que la actuación presuntamente consentida se mueve dentro del ejercicio ordinario de la patria potestad. Pero cabe otro modo de entender el objeto de la presunción: ejercicio ordinario de la patria potestad y consentimiento del otro progenitor podrían ser su objeto separado y distinto. Esta interpretación, que en orden gramatical resultaría más clara si en la expresión de la norma se hubiera intercalado la copulativa y entre los distintos objetos de la presunción («... que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad y con el consentimiento del otro»), puede entenderse recomendada por la lógica interna del precepto y por la remisión, en el tercero, a los párrafos anteriores.

El primer párrafo, en efecto, tras consagrar como criterio general el del ejercicio conjunto, establece la validez de los actos realizados por sólo uno de los progenitores «conforme al uso social y a las circunstancias». Se trata, evidentemente de un criterio tan claro en su formulación general, como inconcreto e indeterminado en su verificación *super casum*. ¿Constituye esta concreta actuación, en estas concretas circunstancias familiares, una actuación de la patria potestad conforme al uso social? A la contraparte del co-titular ejerciente (el tercero), ¿le bastará atenerse a criterios generales, o ha de entrar en la detallada comprobación de las circunstancias familiares, e. c., económicas, desde las que haya de

(23) SUÁREZ SÁNCHEZ VENTURA-MARTÍNEZ MARTÍNEZ: op. cit., pág. 857: «Más en concreto, nos asalta la duda de si los actos de disposición que estamos estudiando son, o no, actos de ejercicio ordinario de la patria potestad, pues de ello depende la aplicación de esta norma protectora de los derechos de terceros de buena fe. Reconociendo que el tema es extremadamente dudoso, propugnamos una interpretación estricta del término, en el cual tan sólo deberán comprenderse los actos normales o usuales en que a diario se exterioriza la patria potestad; debiendo, en principio, quedar excluidos los actos de disposición, por no responder al esquema señalado, y ante los cuales el tercero de buena fe únicamente quedará protegido cuando concurra el consentimiento expreso o tácito, pero no 'presunto' ex artículo 156, 3 del Código civil. Pensamos que de no ser así el nuevo sistema de la patria potestad conjunta se derrumbaría con facilidad, depotenciándose nuevamente la posición jurídica de uno de los cónyuges (normalmente la mujer), ante los cuales es preciso y conveniente aumentar el celo, y la prudencia en interés del menor, por lo que parece poco aconsejable ir presumiendo consentimientos que con frecuencia no habrán existido...».

valorarse o calificarse el acto de ejercicio? Si parámetros externos como, e. c., el tren de vida de la familia, eximen al tercero de comprobar el estado real de la economía familiar, ¿no podrá entenderse que sobre su base se apoya una de las ocasiones de aplicación de la norma protectora de terceros? ¿Se corresponderán entonces, como una de sus aplicaciones, los actos realizados por un cónyuge «conforme al uso social y las circunstancias» (párrafo 1.º) con los actos en que «actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad» (párrafo 3.º)? Si así fuera, la presunción de ejercicio ordinario sería independiente y distinta de la de consentimiento, pues, justamente, en los actos conformes al uso social y a las circunstancias será válido lo realizado por uno de los progenitores sin el consentimiento del otro. Si tal consentimiento es innecesario, huelga también la necesidad de presumirlo en beneficio del tercero de buena fe.

La norma protectora del tercero se refiere también a las situaciones contempladas en el párrafo segundo del artículo 156. El desacuerdo entre los cónyuges puede llevar a la atribución judicial de la facultad de decidir a sólo el padre, o sólo a la madre. La reiteración en los desacuerdos o el entorpecimiento grave del ejercicio de la función u *officium* dual puede conducir a la decisión judicial de atribución total de su ejercicio a uno sólo de los progenitores o de distribución entre ellos de sus funciones. Se trata en este caso de una medida excepcional, de ámbito temporal esencialmente limitado, sin que nunca pueda exceder de dos años. Pues bien, ¿han de considerarse *notorias* tales situaciones por el hecho de que a ellas se haya llegado mediante actuación judicial? Creemos que no. Pueden darse perfectamente supuestos de desconocimiento inculpable de las mismas por parte de los terceros. Es ahí donde ha de entrar en acción la norma que los protege. ¿Se referirá, entonces, el párrafo tercero del artículo 156 a estos casos cuando permite presumir en favor de terceros de buena fe que cada progenitor actúa en ejercicio ordinario de la patria potestad (porque no se encuentra en las situaciones excepcionales o anómalas del párrafo segundo, en las que pudiera estar privado total o parcialmente de su ejercicio)? Si es así, la presunción de ejercicio ordinario comportará en este caso la de consentimiento del otro cónyuge. El ejercicio ordinario de la patria potestad es compartido. Pero el objeto de la presunción llega a extenderse al consentimiento del otro cónyuge en cuanto presupone la de ejercicio ordinario. Ambos pueden ser objeto distinto de la presunción.

Queremos decir con lo anterior que si, como expresamente se dispone en el párrafo tercero del artículo 156, la norma de protección de terceros de buena fe que en él se consagra ha de entenderse aplicable en las situaciones descritas en los párrafos anteriores, el *ejercicio ordinario de la patria potestad* debe entenderse más como posible objeto de la presunción a través de la cual se articula o expresa la norma protectora, que como criterio

delimitador del ámbito de aplicación de dicha presunción. El consentimiento del otro cónyuge, como exigido en principio, puede ser objeto de presunción; pero, igualmente, el ejercicio ordinario, como condición de eficacia del ejercicio, solidario o conjunto, de la patria potestad, puede también ser presumido cuando no constando hacia afuera el ejercicio excepcional o su atribución judicial no ordinaria, el tercero efectivamente la desconozca inculpablemente.

En segundo lugar, hemos de añadir en contra de la interpretación restrictiva del artículo 156, 3, que nada impone la pretendida exclusión de los actos de disposición respecto de la esfera en que se produce la protección del tercero. De las facultades dispositivas comprendidas en el ejercicio de la patria potestad se ocupa el nuevo artículo 166 del Código civil. Interesa destacar que los padres no podrán enajenar ni gravar los bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, de que el hijo sea titular, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa autorización del juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal. Todo lo no excluido entra en el ejercicio ordinario de la patria potestad; aquel que sus titulares pueden ejercitar por sí mismos, sin necesidad de autorización judicial. ¿Por qué sacar, entonces, del ámbito del artículo 156, 3; esto es, del ámbito de protección de los terceros, los actos de disposición comprendidos en el contenido normal u ordinario de la patria potestad? Justamente es en relación con estos actos donde más claramente se manifiesta la necesidad de protección de los terceros de buena fe.

Finalmente, la amplitud del 156, 3 se confirma, también, según creemos, desde la desvirtuación de su contenido, o más generalmente, desde la desnaturalización resultante en la situación del tercero de buena fe al excluirse del ámbito del precepto los actos de disposición. En la interpretación propuesta por Suárez Sánchez Ventura y Martínez Martínez el tercero que el artículo 156 trataría de proteger termina en realidad por ser un tercero perjudicado; de peor condición que el simplemente tercero. «Esta idea —dicen los autores citados (24)— nos lleva a concluir que el tercero de buena fe que contrata con uno de los padres sin mediar el concurso o consentimiento del otro, al no poder invocar ignorancia de las normas sobre disposición de bienes de menores sometidos a la patria potestad (*ex art. 6, 1 del C. c.*) y al conocer que no ha mediado consentimiento expreso del otro cónyuge y que tampoco se han producido los hechos jurídicos necesarios para fundar la existencia de un consentimiento tácito; y presumiéndose de igual modo que por tratarse de un acto de disposición tampoco es aplicable al caso el consentimiento presunto del artículo 156, 3, por

(24) Op. cit., págs. 858-859.

exceder dicho acto del ejercicio ordinario de la patria potestad, sabe que el contrato se celebra sometido a la condición de que recaiga la ratificación, conminándoles las normas sobre la buena fe de que se ha hecho mérito, a que no ejercite la facultad revocatoria, ya durante el tiempo estipulado, o ya, en su defecto, durante el preciso o razonable, atendidas las circunstancias». No es este, evidentemente, el sentido de las normas de protección de terceros. Ni el tercero que aquí se dibuja es un tercero desconocedor del obstáculo interno a la eficacia de la actuación en que participa, ni su «buena fe» se toma en la hipótesis descrita como dato justificador de una norma protectora, sino, por el contrario, como presupuesto de una especial obligación: la obligación de no revocar mientras no se produzca la ratificación que, *a posteriori*, venga a suplir el inicial defecto de consentimiento del cónyuge co-titular de la patria potestad y no actuante. Creemos que no es esta la situación que el artículo 156, 3 quiere dibujar. El tercero de buena fe es en él un tercero protegido, en favor del cual se *presume* o el consentimiento necesario, o el normal y ordinario ejercicio de la patria potestad.

Todo ello sin olvidar, aunque sin detenernos tampoco en su recuerdo, la reconocida dificultad de la distinción entre actos de disposición y actos de administración...

c) Y queda aún por determinar el ámbito de aplicación de la norma protectora de terceros de buena fe desde otro punto de vista. Tal norma se contiene en el párrafo tercero del nuevo artículo 156; y en dicho párrafo se hace expresa referencia a los dos que lo preceden: «En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe...». ¿Significa ello que sólo en tales supuestos es de aplicación la norma protectora? El artículo 156 contiene todavía dos párrafos más, dedicados a modalidades distintas de ejercicio de la patria potestad por defecto, ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres (en cuyo caso será el otro progenitor quien exclusivamente la ejerza: párrafo 4), o por vivir éstos separados (y en tal supuesto, la ejercerá aquél con quien el hijo conviva, pudiendo, no obstante, el juez, a solicitud fundada del otro progenitor, atribuir al solicitante la patria potestad para que, en interés del hijo, la ejerza conjuntamente con el otro, o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio: párrafo 5). ¿Quedan al margen de la norma protectora de los terceros, en razón de su colocación en el artículo 156, las situaciones de ejercicio «irregular» de la patria potestad que, en el ámbito de estos supuestos, puedan producirse? Así lo ha entendido Sancho Rebullida: el manto protector de los terceros sólo cubre los supuestos comprendidos en los dos primeros párrafos del artículo 156, acaso —dice— porque sólo en ellos, y no en todos, quepa la impugnación del acto por el progeni-

tor que no lo ha consentido, y no, por ejemplo, en los de ausencia o imposibilidad (25).

Nosotros propondríamos una interpretación distinta. La mantenida por Sancho Rebullida cuenta, ciertamente, además de con la indiscutible autoridad de su sostenedor, con el apoyo de la expresión literal de la ley; en este caso, el tercer párrafo del artículo 156. Pero, ¿no debe, en ocasiones, superarse la literalidad de la ley desde el empleo de los demás criterios de interpretación (artículo 3, 1)? Ello puede venir especialmente indicado en supuestos como el que nos ocupa. El texto definitivo del artículo 156 destaca a primera vista por su casuismo y por su extensión. Es que sobre el núcleo inicial del texto del Proyecto, hasta su última redacción, se van a ir introduciendo piezas en su contenido (26) que, además de ampliar excesivamente su extensión, no siempre van a quedar —creemos— lógicamente encajadas. Se produce así un «desorden» lógico en la distribución del contenido del artículo 156 —resultado claro de su progresiva y discontinua formulación— que al intérprete corresponde señalar; una vez advertido, la interpretación podrá superar la defectuosa formulación de la norma.

En efecto, ninguna razón que no sea la literalidad del artículo 156, 3 justifica la limitación taxativa de la protección de los terceros de buena fe a los supuestos comprendidos en los párrafos primero y segundo del precepto. Una razón —en nuestra opinión, evidente— de analogía impone su extensión a la segunda parte del

(25) *El nuevo régimen de la familia*, cit., págs. 98-99: «Acaso también pueden generar inseguridad jurídica los abundantes supuestos (*vide infra* III) de ejercicio personal, bajo titularidad conjunta, de la patria potestad, y los tampoco infrecuentes de excepción a esta cotitularidad. Es de notar que el manto protector de los terceros no cubre a todos; según el párrafo tercero del artículo 156, en los supuestos de los párrafos anteriores respecto de terceros de buena fe...; pero, ¿y en los supuestos —similares— de otros párrafos o preceptos?; pág. 102: «De todos estos supuestos sólo en los de actuación individual de un progenitor con consentimiento del otro, o conforme al uso social y las circunstancias, o en situación de urgente necesidad, y en los de atribución judicial de la facultad de decidir o del ejercicio total o parcial como consecuencia de los reiterados desacuerdos, quedan protegidos los terceros, según he dicho; pues el transcrito párrafo 3.º del art. 156 limita su referencia a 'los párrafos anteriores'... Acaso porque sólo en ellos —y no en todos— quepa la impugnación del acto por el progenitor que no lo ha consentido, y no, por ejemplo, en los de ausencia o imposibilidad». Antes, en pág. 101: «d) en defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad del otro progenitor, sin que parezca necesaria la pérdida de la titularidad (*Ibidem*, párrafo cuarto, al que no alcanza la protección de terceros establecida en el anterior)...».

(26) El Proyecto del Gobierno sólo contenía los actuales párrafos 1, 2 y 4. El texto aprobado por el Congreso («Boletín Oficial Cortes Generales», 31 diciembre 1980) ya intercaló el actual párrafo tercero y añadió, en párrafo aparte —5.º— la norma de ejercicio de la patria potestad por sólo el cónyuge que viva permanentemente con el hijo. El texto definitivo modifica la expresión de dicho párrafo 5 y añade la posibilidad de ejercicio conjunto o distribuido entre ambos cónyuges en el mismo caso de separación.

párrafo 5.º. En ella se permite una atribución judicial de patria potestad conjunta, o una distribución de sus funciones entre ambos progenitores, para el caso de que éstos vivan separados. ¿En qué se diferencian estas hipótesis del ejercicio conjunto ordinario o de la distribución judicial por reiteración de desacuerdos, contempladas en los dos párrafos iniciales del artículo 156 y cubiertas, por tanto, por la norma establecida en el tercero? El hecho de que en la definitiva redacción del artículo estas hipótesis se contemplen en párrafo posterior al que circunscribe su eficacia a «los supuestos de los párrafos anteriores» no debe impedir su correcta interpretación, por encima del texto de la ley, sobre todo si se tiene en cuenta que su formulación se produce mediante «añadido» final a un precepto ya retocado y cuya redacción no se quiere volver a modificar

En cuanto a los casos de ejercicio exclusivo por uno de los padres —lo que ocurrirá «en defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres» (párrafo 4), o por vivir éstos separados (párrafo 5 *capoverso*)— ciertamente que, como apunta Sancho Rebullida (27), no habrá de ordinario posibilidad de que un cónyuge, el que no lo consintió, impugne el acto del otro, realizado en ejercicio de la patria potestad. Si tal impugnación no cabe, pierde razón de ser la protección del tercero, traducida en la validez de un acto apenas amenazado, al menos desde este punto de vista. Es más, en esta línea de argumentación cabría avanzar diciendo que, al producirse una atribución exclusiva del ejercicio de la patria potestad para nada necesita el padre o madre que la ejercita del consentimiento del otro progenitor, y si se entiende que es justamente este consentimiento lo que la ley *presume* en favor de los terceros de buena fe, no queda ya razón de ser a dicha presunción cuando el consentimiento del titular conjunto es innecesario, por haber atribuido la ley a uno solo de los cónyuges el ejercicio exclusivo de la patria potestad.

El problema, no obstante, puede no ser tan sencillo. Cabe, en efecto, volver a preguntarse: ¿es la falta de consentimiento, cuando éste es necesario, la única amenaza contra la validez del acto realizado en ejercicio de la patria potestad respecto a la que deben ser protegidos los terceros de buena fe? Creemos que no, hemos de responder de nuevo: desde la teoría general de la representación debe entenderse que la actuación representativa en contradicción con los intereses del representado —abuso de poder— viene a constituir un caso de exceso cualitativo o funcional de poder; al no quedar cubierto por el poder el acto representativo, tampoco debe ser *de suyo* eficaz. Sin embargo, el abuso puede ser desconocido por el tercero: ¿habrá éste de padecer la ineficacia de la actuación del representante? Nosotros hemos mantenido que no. La protección del tercero de buena fe debe aquí entrar en ac-

(27) Loc. ant. cit., pág. 102.

ción (28)). Pues bien, todo ello resulta aplicable al ejercicio, no necesariamente conjunto, de la patria potestad cuando ésta no se desempeña en beneficio de los hijos («la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos», dice expresamente el artículo 154). ¿Que entonces no podría impugnarse el otro cónyuge? Efectivamente, pero no por ello queda asegurada la eficacia del acto: el artículo 158 es deliberadamente lo suficientemente amplio como para permitir, en interés del hijo, que el Juez, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, pueda, en general, dictar «cuantas disposiciones considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicio» (29). La protección del tercero sigue siendo necesaria.

En definitiva, actuaciones abusivas de la patria potestad realizadas conjuntamente por ambos padres, sólo por uno con consentimiento del otro o, finalmente, por uno sin necesidad de tal consentimiento pueden aparecer externamente como actos de *ejercicio ordinario* de la patria potestad, o como ejercicio de la misma *conforme a los usos y a las circunstancias*. El tercero que, sin datos para conocer la realidad abusiva, se atiene a los indicados parámetros externos de normalidad, es tan tercero de buena fe como el que resulta protegido en el párrafo tercero del artículo 156. Por una clara razón de analogía debe, pues, ser protegido aun cuando la actuación abusiva se produzca en ejercicio individual de la patria potestad por defecto, ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres (párrafo 4) o por separación de ambos (párrafo 5). Si se pensara que la analogía resulta expresamente impedida por el tenor literal del párrafo tercero, concédase al menos que a igual resultado puede llegarse en caso de ejercicio abusivo de la patria potestad no cognoscible ni conocido por el tercero, en aplicación del párrafo primero, en el que como complemento al principio de ejercicio conjunto, o por un cónyuge con consentimiento del otro, expresamente se establece la validez de los actos realizados por un solo cónyuge «conforme al uso social y a las circunstancias». En la redacción inicial del artículo 156 era ésta la norma por la que —insuficientemente, según después se man-

(28) Cfr. *La representación aparente...*, cit., págs. 95-101. DIEZ PICAZO, por el contrario, en *La representación...*, cit., págs. 198-199, mantiene opinión distinta: «Las consecuencias del abuso —dice— deben producirse en línea de principio únicamente en la relación interna entre representado y representante, donde generará un deber de resarcimiento o de indemnización de daños y perjuicios». No obstante, admitirá más adelante que la anulabilidad no es la sanción adecuada a tal acto: «El defecto del acto contemplado —explica— parece un defecto causal: nulidad por causa ilícita».

(29) Vid. Exposición de Motivos del Proyecto («B. O. C.» 14, 9, 79, pág. 318): «La consideración prioritaria del interés del hijo ha conducido a acentuar, en el ejercicio de la patria potestad, la intervención y vigilancia del juez, árbitro en muchos aspectos de las relaciones paterno-filiales, hasta el punto de concedérsele una amplia autorización para ordenar las medidas oportunas cuando el hijo —su vida, su seguridad, su salud— se halle en peligro».

tuvo (30)— se proveía a la seguridad en la actuación de la patria potestad. Atisbo de una norma de protección de terceros, posteriormente desarrollado en lo que terminó por ser el tercer párrafo del artículo 156.

3) Nueva y también llamativa norma de protección de los terceros de buena fe es la contenida en el artículo 1.320:

«Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.

La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

Es de señalar, en primer lugar, la amplitud del campo de aplicación del precepto; situado entre las «disposiciones generales» sobre el régimen económico matrimonial, viene a integrarse en el llamado «régimen matrimonial primario», o «conjunto de normas patrimoniales que valen para todo matrimonio, sea cualquiera el sistema legal o convencional por el que se rija su economía» (31).

Sobre su significado y génesis, poco hay que observar. El primero es obvio: se trataba en el artículo 1.320 de establecer una medida de garantía y protección del hogar familiar y de los muebles de uso ordinario de la familia (32). «El hogar familiar —dijo en el Congreso el entonces Ministro de Justicia, Fernández Ordóñez (33)— obtiene una nueva protección según la norma por la cual para disponer de la vivienda habitual y de los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos correspondan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, la autorización judicial. Por tanto, si la casa familiar es del marido, él sólo no podrá disponer de ella; si él es el inquilino, él sólo no podrá a partir de ahora renunciar al arrendamiento».

(30) Cfr. Exposición de Motivos, Ib.: «Sin embargo, la aplicación rígida de tal regla (de ejercicio conjunto, o de uno de los padres con consentimiento del otro) la hacía impracticable en muchos casos; y a fin de darle la indispensable flexibilidad se admite la actuación unilateral de uno cualquiera de los padres cuando sea conforme al uso social y a las circunstancias de la familia o resulte necesaria por razones de urgencia». La razón de urgencia flexibiliza la norma como criterio *ad intra*, en favor del hijo; la adecuación del acto al uso social le da practicabilidad, creemos, fundamentalmente *ad extra*.

(31) Cfr. LACRUZ: *El nuevo régimen de la familia* II, cit., págs. 129-130.

(32) LACRUZ: op. cit., pág. 132: «Se trata de salvar el alojamiento del matrimonio y los muebles que lo guarnecen de la arbitrariedad o mala voluntad del cónyuge que puede disponer de ellos: *dueño o arrendatario*. En igual sentido, antes, en *La Reforma del Derecho de familia...*, cit., pág. 22.

(33) Cfr. *Diario de Sesiones*, pág. 8826.

Esta era, sin reservas ni matices de ningún tipo, la finalidad del artículo 1.320, ceñido en el Proyecto a lo que ahora constituye su primer párrafo. A partir de él queda abierto un interrogante al que la norma no daba respuesta: ¿*quid*, respecto a *terceros*, si efectivamente se dispone contra la limitación establecida? La Ponencia propone la aceptación parcial de una enmienda formulada por el Grupo Socialistas de Cataluña, y al artículo 1.320 se le añade lo que, sin discusión en el posterior *iter* parlamentario de la ley, será su actual párrafo segundo: «La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe» (34). La limitación, pues, impuesta al cónyuge titular en interés de la familia opera en el ámbito de las relaciones *inter partes*, pero se detiene ante el tercero adquirente de buena fe. He aquí una nueva norma de protección de terceros, clara en su formulación, importante en su amplitud y significado, técnicamente defectuosa en su redacción, posiblemente fuente de no pocos problemas en orden a su aplicación e, incluso, finalmente, dudosa en su oportunidad.

Decimos en primer lugar que la norma de protección de terceros es en este caso clara en su formulación. No necesita comentario: basta su lectura y la comprobación de su función de contrapeso a la limitación dispositiva establecida en el primer párrafo del artículo 1.320.

Importante en su amplitud y significado. Efectivamente, por lo que a bienes muebles se refiere, el artículo 1.320 puede limitarse a ser una aplicación del artículo 464 (35). Por lo que hace a inmuebles (la vivienda) presenta la importante particularidad de no supeditar respecto a ellos la protección del tercero adquirente de buena fe a la apariencia jurídica resultante de la publicidad inmobiliaria registral. La protección de la apariencia jurídica aparece así como una realidad comprensiva, efectivamente, de su doble materialización, posesoria para bienes muebles, y registral para inmuebles, pero no supeditada a ellas. Si la publicidad registral es la *species facti* ordinaria de la apariencia jurídica relativa a inmuebles, no es la única forma de su manifestación. El artículo 1.320 es hoy clara prueba de que caben apariencias protegibles relativas a inmuebles y producidas al margen de la publicidad inmobiliaria registral. La función del Registro como configurador de apariencias jurídicas queda así relativizada: no en el sentido de que el Registro no constituya un evidente medio de

(34) Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Informe de la Ponencia. 22 mayo 1980.

(35) Cfr. LACRUZ: *La Reforma...*, cit., pág. 23: «En cuanto a los muebles adquiridos de buena fe se aplicará el artículo 464. La buena fe consistirá aquí en ignorar que los muebles pertenecen a una 'vivienda común', o que son 'de uso ordinario de una familia', uso en el cual pienso que no entran los objetos valiosos que alhajan la casa...».

creación de apariencias protegibles, sino en cuanto que tales apariencias pueden también producirse extra-registralmente (36).

Efectivamente, el supuesto contemplado en el artículo 1.320, 2 es resistente a la posibilidad de su reflejo registral. El defecto que de no establecerse la norma protectora, podría perjudicar al tercero no es un defecto de titularidad: el cónyuge disponente es —por hipótesis— titular (y titular único) del derecho de que dispone. Tal derecho puede ser de la más distinta naturaleza; no siendo real, tampoco tendrá acceso al Registro (con la salvedad del artículo 2,5 LH). Si fuere real, podrá estar inscrito, pero ello hace bien poco al supuesto del artículo 1.320. Lo que en él está en juego no es una cuestión de titularidad, sino una restricción de la facultad dispositiva en razón de una situación de hecho: el destino del inmueble a vivienda habitual de la familia. Sabido es que el Registro publica *derechos*; el destino de la vivienda es un *hecho*, ajeno, de suyo, al objeto de la publicidad registral. ¿Se tratará en la limitación dispositiva impuesta en la norma que comentamos de una restricción parecida a las prohibiciones *legales* de disponer, cuya publicidad legal hace innecesaria la inscripción para su efectividad *erga omnes* (art. 26 LH)? Evidentemente no: una cosa es la publicidad de la norma que impone la limitación dispositiva, y otra muy distinta la cognoscibilidad de la realización del presupuesto de hecho determinante de su aplicabilidad. Justamente el artículo 1.320, 2 viene a dejar a salvo al tercero que desconoce el dato fáctico del destino familiar de la vivienda. Y al no haber constancia ni indicio registral sobre el uso a que se dedica la vivienda la protección de éste se produce al margen del Registro de la propiedad: en cualquier caso, la manifestación errónea o falsa del disponente no le perjudica.

Significativa es también la norma desde el punto de vista de la protección de la apariencia por cuanto contribuye a reconocer a ésta su amplitud, superior a la de la adquisición *a non domino*. Con frecuencia, entre nosotros, y desde la reconducción de la apariencia al artículo 464 del C. c., se explican como resultado del carácter personal de las acciones recuperatorias, la definitividad de determinadas adquisiciones. Mientras la acción no se ejercita —se dice— el enajenante es dueño de la cosa y puede transmitir; no hay problema de adquisición *a non domino*, ni, por tanto, de protección de la apariencia. No es esa —creemos— la exacta explicación del problema. La apariencia no sólo salva defectos absolutos de titularidad; sana también la inestabilidad de titularidades resolubles, revocables, rescindibles, cuando tal inestabilidad no es

(36) En poco tiempo esa relatividad ha quedado especialmente resaltada. Si el artículo 1.320 del Código civil permite una apariencia jurídico-inmobiliaria no registral, el artículo 74 de la nueva L.A.R. impone al tercero adquirente al realidad de un arrendamiento sin reflejo registral, al disponer que «el adquirente de la finca, aun cuando estuviere amparado por el artículo 34 de la L. H., quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador».

cognoscible sin tacha de negligencia (art. 37 L. H.). Puen bien. el artículo 1.320 es hoy clara manifestación de la posibilidad de que una adquisición *a vero domino* haya de ser sanada por la protección del tercero de buena fe. Es que la apariencia cubre defectos de legitimación y ésta puede resultar recortada, entre otros casos, cuando el disponente, aunque titular, venga sujeto a alguna limitación en su facultad dispositiva.

También es de interés, desde el punto de vista de la protección de la apariencia, el nuevo artículo 1.320 por cuanto en él se separa la efectividad de la medida protectora respecto a todo aspecto de culpabilidad en el afectado por sus resultados. Por muchos la protección de la apariencia trata de reconducirse a la auto-responsabilidad del que ha de padecer sus consecuencias. Se trata de una visión *culpabilista* de la apariencia que nosotros no compartimos (37) y de la que, desde luego, parece apartarse la norma ahora comentada. Parece difícil explicar en términos de culpa la pérdida por un cónyuge de su derecho al uso de la vivienda y muebles de empleo ordinario de la familia como consecuencia de la manifestación errónea o falsa del otro cónyuge: el disponente; los efectos de la protección dispensada al tercero ha de padecerlos el otro cónyuge y los hijos, si los hubiere.

Pero la norma —decíamos— es también técnicamente defectuosa en su redacción. La protección del *tercero* significa tanto como la consagración de la inoponibilidad a éste de una situación objetiva y oculta o no aparente, a la que aquél permaneció ajeno. Por eso al protegido se le llama *tercero*, y por eso puede presumirse su desconocimiento de la realidad oculta y su creencia, de buena fe, en que la apariencia coincide con la realidad. Desde este punto de vista la protección de los terceros, que se diferencia en sus efectos de la protección *inter partes* de la confianza, es distinta de esta misma también en sus presupuestos. La buena fe que justifica la protección del tercero, ha de apoyarse en la apariencia resultante de una situación objetiva, cuyo aparecer exterior tiene tal fuerza en relación con el tercero —extraño a su formación— que el Derecho permite a éste fiarse de ella sin necesidad de una exhaustiva investigación. La confianza protegible en las relaciones *inter partes* recae, por el contrario, en el solo hecho de la declaración de la contraparte; la mera declaración de voluntad (o de ciencia) no llega a constituir situación objetiva de apariencia. Por ello el tratamiento jurídico de ambas hipótesis es distinto. La apariencia opera al margen de la disciplina negocial y funciona inmediata y definitivamente como la realidad misma en relación con terceros de buena fe, quienes, en consecuencia, realizarán sobre ella actuaciones jurídicas definitivamente eficaces, como si se apoyaran en la realidad. En cambio, al menos hoy por hoy, la protección *inter partes* de la confianza, en el ámbito del negocio

(37) Cfr. *La representación aparente...*, cit., págs. 191-219 y 459-465.

jurídico, no alcanza más allá de la indemnización del interés negativo cuando dicha confianza se ve defraudada (38).

Desde el punto de vista indicado, la redacción del artículo 1.320, 2 resulta técnicamente defectuosa. Se contempla en él una situación *de tercero*: lo son, efectivamente y de modo recíproco, el adquirente protegido, a quien no perjudicará la limitación legal impuesta al disponente en favor del otro cónyuge, y éste mismo cónyuge, en definitiva afectado por la validez de un acto en el que no ha intervenido y cuyos efectos tiene que padecer como resultado de la norma protectora del adquirente. No obstante, se considera situación desencadenante de la ignorancia de la realidad por el tercero de buena fe «la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda» Aparte la dificultad de concebir una situación de error propio sobre el carácter (familiar) de la vivienda por parte del cónyuge disponente, es de interés señalar cómo se sitúa la base fáctica de la creencia de buena fe del tercero en la sola declaración del disponente, sin exigir, expresamente al menos, la existencia de una situación *objetiva* de apariencia, envolvente de la declaración del mismo disponente, y no mero resultado de la misma

Por ello creemos que la interpretación y aplicación del artículo 1320, 2 ha de cuidar mucho la relación entre los dos datos en él tomados en consideración: la manifestación errónea o falsa del disponente y la buena fe del adquirente El tercero protegido en su adquisición es un tercero *de buena fe*. E inmediatamente, la pregunta: ¿lo es necesariamente el tercero que se escuda en la declaración errónea o falsa de la contraparte? Evidentemente no lo será quien así lo haga, a conciencia del carácter familiar de la vivienda (o muebles de uso ordinario) que pretende adquirir. Pero, sin llegar a tal situación, ¿basta por sí sola la declaración del disponente para producir la buena fe del tercero? Tal buena fe consiste aquí en el desconocimiento, sin negligencia —la diligencia ordinaria es ingrediente necesario de la buena fe— del carácter familiar de la vivienda (o del uso familiar ordinario de los muebles) y es claro que en relación con el destino familiar de la vivienda pueden producirse circunstancias de notoriedad, o indicios de cognoscibilidad (publicidad registral incluida: art. 95 RH, e. c.) que lleguen a descalificar la buena fe del tercero (ignorancia inculpable) cuando, pudiendo fácilmente conocerlas, alega desconocerlas de hecho.

Significa lo anterior tanto como mantener que la buena fe del tercero no encontraría sólida base para su presunción sólo en la manifestación errónea o falsa del disponente. En la teoría general de la apariencia, y con base en la objetividad de ésta y en su misma virtualidad como reflejo de una situación que aparece como real aun sin serlo, cabe presumir la buena fe del tercero. Guiado éste por lo que hacia afuera objetivamente aparece, yerra sin cul-

(38) Cfr., con bibliografía de apoyo sobre el tema, nuestro estudio *La representación aparente...*, cit., págs. 443-444.

pa sobre la realidad; la publicidad registral es claro exponente —no único— de esa *species facti* de apariencia objetiva y «fiable» sobre cuya base encuentra sólido fundamento una presunción de buena fe en el tercero (art. 34 L. H., e. c.) que supone algo más que la genérica presunción de honesto comportamiento, por lo mismo que produce un especial y determinado *favor legis* (39). En nuestra opinión la sola declaración del disponente no ha de considerarse por sí sola firme base de la buena fe del tercero. Al margen de ella pueden existir datos objetivos que hagan fácilmente cognoscible el carácter familiar de la vivienda. De esta forma el anómalo arranque, a partir sólo de dicha declaración, de una protección adquisitiva en favor del tercero, como la consagrada en el artículo 1.320, 2, puede quedar contrapesado por la exigencia de buena fe en el mismo tercero. Su comprobación indagará en la objetividad de su fundamento y a la misma contribuirá la manifestación del disponente, «arropada» en un conjunto de circunstancias objetivas que concurren a su credibilidad.

Desde estas consideraciones se comprueba cómo, según antes indicábamos, el nuevo artículo 1.320 puede resultar problemático en su aplicación. La afirmación puede ampliarse a otros puntos: ¿*quid*, e. c., en cuanto a la extensión en el tiempo de la buena fe? Sabido es que la respuesta a tal pregunta resulta discutible en otros supuestos más generales de protección del tercero adquirente. En el ámbito del artículo 464 parece claro, con base en la misma letra del precepto, que la buena fe ha de mantenerse durante todo el proceso adquisitivo, incluido el momento de entrada en la posesión de la cosa (40); en la adquisición *ex* artículo 34 L. H., mientras unos mantienen que es necesaria sólo hasta la celebración del acto de adquisición, aunque posteriormente —incluso antes de la inscripción de dicho acto— el adquirente conozca la realidad contraria a la apariencia, otros entienden —y nosotros compartimos esta opinión— que es necesario que la buena fe perdure hasta el momento de inscripción del acto protegido de adquisición (41). ¿Hasta dónde ha de llegar temporalmente la buena fe

(39) Con más detenimiento nos ocupamos del tema en *La representación aparente...*, cit., págs. 285-290.

(40) Lo que equivale al título es la *posesión de bienes muebles adquirida de buena fe*. No es convincente el argumento de apoyo *ex* artículo 609, en aplicación del sistema del título y el modo, como, e. c., mantiene DE LA CÁMARA: *Contribución al estudio...*, cit., pág. 187, explicando la adquisición *ex* 464 según el mecanismo de la adquisición derivativa ordinaria. La que se produce en el indicado precepto es una adquisición originaria (por más que funcione *ad instar derivativae*) y *ex lege*; es la ley, y no el negocio de adquisición —creemos— la que, en atención a la buena fe del adquirente, ordena la validez de la adquisición.

(41) Nosotros nos inclinamos por esta segunda opinión. Paralelamente a lo indicado en la nota anterior no entendemos decisivo el argumento derivado del esquema de adquisición derivativa ordinaria en virtud del título y el modo. La adquisición consagrada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no es una adquisición regular *a domino*, sino una adquisición de suyo originaria, que no deriva constitutivamente del contrato más la entrega, sino *ex*

del tercero protegido en el artículo 1.320? ¿Desde cuándo se le podrá aplicar el *mala fides superveniens non nocet*? La respuesta a tales preguntas ha de contar con la amplitud del 1.320. En él no sólo se protegen adquisiciones de la propiedad, sino, genéricamente, adquisiciones del derecho que sobre la vivienda pueda tener el cónyuge disponente (propiedad o arrendamiento, los más frecuentes, aunque no necesariamente los únicos). En la cesión de derechos de índole personal —también cuando éstos se ceden en la cesión de la condición de parte contractual— la eficacia de la cesión deriva directamente del acuerdo constitutivo de la misma (42); la buena fe debe llegar hasta el momento de arranque de la definitiva eficacia del consentimiento, a veces sometida a más requisitos que el puro encuentro de voluntades (art. 25 L. A. U., e c.). Si lo que se transmite es la propiedad, ¿basta la buena fe en el momento obligacional del acuerdo —donde se produce la «manifestación errónea o falsa del disponente» que no debe perjudicar al adquirente— o habrá de prolongarse hasta el momento real adquisitivo? Si se trata de adquisición de muebles de uso ordinario de la familia, la solución podrá venir por la vía del artículo 464: será necesario entrar de buena fe en su posesión. ¿Vale el paralelo con el artículo 34 L. H. para la adquisición de la vivienda? Podría pensarse así para los supuestos en que ambas hipótesis protectoras del tercero actuarán superpuestas (adquisición de cónyuge, titular inscrito, cuyo derecho se anule o resuelva posteriormente por virtud de causa que no constaba en el Registro, y sin el consentimiento del otro cónyuge). Ahora bien, si la protección del artículo 1.320 puede discurrir —ya lo hemos señalado— al margen de la normativa hipotecaria; esto es, si el adquirente puede apoyar su buena fe en una apariencia extra-registral y no tiene por qué inscribir su derecho para ser protegido, no se ve razón para negar que —sin necesidad de inscripción— su buena fe ha de llegar (en este punto sí cabe la analogía) hasta el final del proceso adquisitivo; hasta su momento real, aquí coincidente con la entrega, a la que equivaldrá el otorgamiento de escritura pública cuando la venta se realice mediante ella (art. 1.462, 2). Hasta ese momento no hay *adquirente* (y es al *adquirente* de bu-

lege, produciéndose, por tanto, su eficacia y habiéndose de cumplir sus requisitos (buena fe incluida) durante todo el tiempo de realización de sus presupuestos: uno de ellos, el último en el tiempo, la inscripción del acto adquisitivo.

(42) Cfr., e.c., Díez PICAZO: *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, I. Madrid, 1970, pág. 793: «Debe entenderse que la transmisión se produce por virtud del negocio consensual de cesión. No obstante la colocación sistemática de las reglas de la cesión en el Código, la transferencia de créditos no exige los presupuestos que la ley impone para la transmisión de la propiedad y de los derechos reales, como son la concurrencia de un título o negocio jurídico antecedente, causa puramente obligatoria, y un modo o acto con efecto traslativo (Cfr. art. 609 C. c.). Entre cedente y cesionario, la transferencia del derecho de crédito se produce como efecto del simple consentimiento».

na fe a quien protege el segundo párrafo del art. 1.320); en el *interin*, pues, que pudiera ir de la perfección del contrato de adquisición al momento adquisitivo real, el cónyuge de cuyo consentimiento se prescindió y al que trata de favorecer el 1.320, 1, podrá oponer al tercero en vías de adquirir la limitación dispositiva del pretendido enajenante.

Para terminar esta apresurada reflexión sobre el precepto que ahora nos ocupa nos falta aún por glosar el último de los calificativos que antes le atribuíamos. Se trata —decíamos— de una norma dudosa en su oportunidad. Es que, efectivamente, la protección del tercero de buena fe —nosotros así lo hemos defendido— tiene en nuestro ordenamiento rango de auténtico principio general. Pero ello no significa que haya de jugar como un principio absoluto, respecto al que no quepan excepciones. La retroacción de la quiebra (art. 878 C. c.) determina una nulidad que la conocida Sentencia de 17 de marzo de 1958 califica de «nulidad *ipsae legis potestate et auctoritate*, a pesar de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria y de la buena o mala fe en la adquisición». Se trata de una limitación razonable en una ocasión excepcional en la que la exclusiva protección del adquirente de buena fe supondría una quiebra notable respecto al criterio rector en la situación a que se alude de la *par conditio creditorum*. ¿No cabría pensar que cuando, desde un punto de vista de especial y reforzada protección de la vivienda y enseres familiares, se limita la facultad dispositiva incluso del cónyuge, titular único, tal limitación podría llevarse —con quiebra en tal caso del principio general contrario— hasta el terreno de los terceros? ¿Qué debe pesar más *en esta materia*: los genéricos intereses del tercero de buena fe, o el específico del cónyuge de cuyo consentimiento se prescindió y, posiblemente, de los hijos comunes respecto a su vivienda familiar? Nosotros, que hemos mantenido que la protección del tercero es más una medida de ética protección a su situación de buena fe, que una manifestación de pura inspiración mercantilista, no hemos de ocultar el peso de los reparos formulados a otro propósito, pero con validez general respecto a la reforma del régimen económico del matrimonio por el diputado andalucista Aguilar Moreno: se decide sobre la base de los intereses, exteriores al matrimonio, del tráfico mercantil, de la seguridad jurídica; no quedan, en cambio, suficientemente protegidos los intereses de la parte que mayoritaria y sociológicamente es más débil en el matrimonio, los intereses de la mujer; aquellos que deberían ser prevalentes en esta materia (43).

(43) Cfr. *Diario de Sesiones* (18 diciembre 1980), pág. 9018: «Curiosamente... se nos ha argüido en contra de la misma forma que al debatir la enmienda nuestra también al artículo 1.352: los intereses del tráfico mercantil, de la seguridad jurídica, pero exteriores al matrimonio. En cambio, los intereses de la parte más débil en el matrimonio, como puede ser, repito, sociológicamente y de forma mayoritaria la mujer, esos que son los que entiendo que debemos contemplar y proteger en este debate (y no otros

La opción correspondía al legislador y éste la realizó en favor del tercero de buena fe. Ocurre, además, que literalmente se la formuló con la notable amplitud ya señalada. La manifestación errónea o *falsa* del disponente no perjudica al tercero de buena fe. En el planteamiento teórico, según ya hemos dicho, la exigencia de buena fe en el tercero impide tomar como única pauta de valoración de su posición la declaración del disponente. Pero en el terreno de la práctica, ¿será fácil probar siempre que el tercero conoce la falsedad de tal declaración? Véase cómo en esta materia no debe presumirse, sobre la sola base de la declaración o manifestación del cónyuge disponente, la buena fe del tercero. De lo contrario, serán muchas las maniobras de colusión indemostrables que dejen vacía de contenido la protección del hogar y enseres familiares consagrada en el primer párrafo del artículo 1.320.

4. En el artículo 1.335 volvemos a encontrar nueva norma de protección de los terceros de buena fe; a propósito, ahora, de la invalidez de las capitulaciones matrimoniales:

«La invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá por las reglas generales de los contratos. Las consecuencias de la anulación no perjudicarán a terceros de buena fe.»

«El párrafo primero de esta regla —ha comentado Lacruz (44)— introduce en el Código civil lo que ya era doctrina dominante, añadiendo el segundo una oportuna salvedad, que en parte podía deducirse de otros preceptos vigentes». Efectivamente, el nuevo artículo 1.335 podría tener más interés por lo que, en general, pudiera establecer sobre la repercusión respecto a terceros de la invalidez contractual, que por lo que de novedoso venga a suponer en el concreto régimen de las capitulaciones matrimoniales. Una de las lagunas más importantes de nuestro Código civil en materia de protección de terceros es la producida en la determinación de los efectos de la invalidez e ineficacia de los contratos en sus distintas formas. El nuevo artículo 1.335 podría haber sido la norma que, aunque en sede impropia, hubiera venido a colmar esta laguna. Si la invalidez de las capitulaciones matrimoniales se reconduce a la disciplina general de los contratos, y si a continuación se indicara que sus consecuencias no perjudicarían a terceros de buena fe, indirectamente se nos estaría indicando cómo funciona frente a tales terceros la invalidez de los contratos; de tanto mayor interés esta indicación, por cuanto a través de ella nuestro Código pasaría del absoluto silencio en la materia, que hasta ahora le caracterizaba, al enunciado más general y completo en la misma, superando incluso de esta forma las insuficiencias y recortes de los Códigos civiles comparados (45).

que quizá deben ser objeto de otro debate, de otros artículos, de otras leyes...), esos no quedan protegidos en el texto del Dictamen».

(44) *La Reforma del Derecho de Familia...*, cit., pág. 27.

(45) El artículo 1.445 del *Codice* establece la protección de terceros en materia específica de anulabilidad; el 291 del C. C. portugués, que equipara

El texto del precepto impide, no obstante, una tan amplia interpretación. La remisión a la disciplina general de los contratos se hace a propósito de la *invalidéz* de las capitulaciones matrimoniales; la norma de protección de los terceros (segunda parte del art. 1.335) tiene un ámbito menor: resulta limitada a las consecuencias de la *anulación*. Por más que la terminología sea en este punto fluctuante e imprecisa (el mismo Código se refiere a la impugnación del contrato anulable bajo el término «acción de nulidad»), no parece dudoso que la *invalidéz* es forma genérica, a una de cuyas especies concretas se refiere la *anulación*: a la derivada de la anulabilidad o impugnabilidad (46). ¿Por qué esa restricción de la protección de los terceros a sólo la *anulación* y no a la ineficacia derivada de cualquier forma de *invalidéz*? ¿Cuál es la exacta explicación e interpretación del artículo 1.335? Sin poder entrar en detalle en el tema, apuntamos algunas posibilidades.

Pudiera pensarse, en primer lugar, que según el artículo 1.335 la inoponibilidad a los terceros de buena fe es peculiaridad de la anulabilidad, en general. La generalidad resultante de la remisión al régimen de los contratos se mantendría en la segunda parte del precepto: porque son de aplicación las reglas de los contratos, la anulabilidad de las capitulaciones, como en general la de los contratos, no perjudica a terceros de buena fe. Es que, podría pensarse, al ser la anulabilidad una forma de *invalidéz* menos intensa que la nulidad, permite esa limitación en sus efectos; mientras la nulidad normalmente viene a constituir una forma de ineficacia absoluta, la anulabilidad consistirá en una ineficacia normalmente relativa (47). Estaríamos de esta forma en la línea

en cuanto a su inoponibilidad a terceros de buena fe los efectos de la nulidad y los de la anulabilidad, rompe lo que es el esquema ordinario de funcionamiento de la protección del tercero de buena fe y permite que éste se vea afectado por los efectos de la ineficacia si la acción para hacerla valer se ejercitó y fue registrada dentro de los tres años posteriores a la conclusión del negocio. El BGB salva los derechos del tercero de buena fe frente a los efectos de la *invalidéz* por contravención de prohibición legal de disponer: § 135, 2.

(46) En cuanto al significado de la terminología al uso, Cfr., e.c., CASTRO: *El Negocio Jurídico*, Madrid, 1967, pág. 463: «En la doctrina española no parecen haber importado mucho estas disquisiciones terminológicas, respecto de las que siempre decide el uso con sus preferencias arbitrarias». DÍEZ PICAZO: *Fundamentos*, cit., pág. 298: «La distinción entre *invalidéz* e ineficacia no me parece admisible. Por un lado, la terminología es indudablemente arbitraria, puesto que el contrato inválido tiene que ser también por hipótesis ineficaz. Por esto habría que hablar, en todo caso, de una ineficacia proveniente de la *invalidéz* y de una ineficacia proveniente de otro tipo de causas o razones. Pero es que, además, las aplicaciones concretas que se hacen de la noción de ineficacia en sentido estricto... no son en rigor casos de ineficacia...». Para ambos autores, por otra parte, la *anulación* designa la puesta en acción de la anulabilidad. Cfr. DÍEZ PICAZO: op. cit., págs. 306-309; CASTRO: op. cit., pág. 504.

(47) Cfr. DÍEZ PICAZO: *Eficacia e ineficacia del negocio jurídico*. ADC, 1961, pág. 831: «a) Nulidad es una ineficacia siempre automática, originaria

marcada por el artículo 1.445 del *Codice*, al señalar a los efectos de la anulabilidad el límite de los derechos adquiridos de buena fe y a título oneroso por terceros (48). «Se trata —se ha dicho entre nosotros (49)— de una limitación a la operatividad de la anulación misma, limitación que forma parte del concepto de la *annullabilita* y que no concurre en el caso de la *nullita*» En nuestra opinión la protección de los terceros opera *a se*, con fundamento en sí misma y en sí misma y en atención a la concurrencia de sus presupuestos, sin quedar de suyo limitada o supe- ditada por la figura en que incide. Es la protección de los terceros la que limita los efectos de la ineficacia en cualquiera de sus formas y con independencia de éstas; no a la inversa: que los distintos regímenes de ineficacia se extiendan o se detengan, según sus peculiaridades, ante los terceros de buena fe. De ser posible, por tanto, otra forma de interpretación del artículo 1.335, la estimaríamos preferible.

Cabría, en efecto entender el precepto de modo distinto resaltando más la separación entre sus dos partes. En la primera hay una clara remisión a las reglas generales de los contratos: por ellas se regirá la invalidez de las capitulaciones. La segunda parte va a establecer una peculiaridad para las consecuencias de la anulación de los capítulos: no perjudicarán a terceros de buena fe. ¿Cuál es propiamente la peculiaridad, y cuál la regla general en relación con la cual se establece la excepción? Podría entenderse que las reglas generales de los contratos se particularizan en relación con las capitulaciones matrimoniales por cuanto mientras, en general, toda forma de ineficacia desconocida sin negligencia por el tercero no ha de perjudicar a éste, en los capítulos ^{al} criterio sólo puede predicarse de la anulabilidad, y ello como consecuencia de la cognoscibilidad por todos de las específicas causas de nulidad de los capítulos (cfr art. 1.328: «Será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge»).

Tampoco cabría, en absoluto, descartar otra interpretación: la segunda parte del 1.335 es pura particularización, más que excepción. La remisión a las reglas generales de los contratos para nada prejuzga la posible repercusión de la invalidez —cualquiera que sea su forma— sobre los derechos de terceros de buena fe; no es

y estructural, normalmente absoluta e insanable. b) Anulabilidad es una ineficacia provocada, sobrevenida y estructural, normalmente relativa y saneable».

(48) La norma, con todo, excluye el caso de la anulabilidad por incapacidad legal: «L'annullamento —dice el precepto— che non dipende da incapacita legale non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede, salvi gli effetti di trascrizione della domanda di annullamento».

(49) CLAVERIA GOSALBEZ, Luis Humberto: *La confirmación del contrato anulable*, Bolonia, 1977, pág. 81, nota 146.

ésta sede apropiada para su regulación. Con independencia, por ello, de la trascendencia en cuanto a terceros de la invalidez de los contratos, se particulariza en su sede propia la de la anulación de las capitulaciones matrimoniales: no constituyendo éstas un contrato «puntual», sino suponiendo más bien una plataforma jurídica estable (acuerdo normativo) desde la que habrán de celebrarse cuantos contratos realicen los cónyuges durante el tiempo de su vigencia, se hace aquí más necesaria la norma de protección de terceros, de la cual pudo prescindir la disciplina general de la invalidez de los contratos. Así entendido el precepto, quedaríamos sin norma de terceros aplicada a la ineficacia contractual general (ni siquiera a la anulabilidad). Por otra parte, quedaría en pie la pregunta sobre la razón de la limitación de la norma de terceros sólo a la anulación, y no, en general, a la invalidez de los capítulos (a no ser que la razón antes ofrecida se diera por suficiente).

Quizá de las propuestas sea la segunda la interpretación preferible. En cualquier caso cabe estimar que en este punto la reforma no ha ido hasta donde pudo haber llegado. Aun en sede impropia y mediante la remisión a la disciplina general del contrato, pudo haberse colmado en el nuevo artículo 1.335 la laguna existente en nuestro ordenamiento acerca de la limitación de los efectos de la invalidez contractual en relación con terceros de buena fe. Bastaría haber establecido: la invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá por las reglas generales de los contratos y sus consecuencias no perjudicarán a terceros de buena fe. En la redacción dada al precepto, entre las reglas generales de los contratos y la inoponibilidad a terceros se interpone, no sólo el punto gramatical, sino la diferencia de ámbito entre la invalidez, en general, y la anulación, en concreto. De haberse colmado la indicada laguna en el sentido dicho, habríamos dispuesto en nuestro Código civil de norma relativa a la materia, superadora de las limitaciones establecidas en los ordenamientos comparados (50).

Lo que tampoco ha de hacerse es tomar pie en la nueva norma para volver atrás en lo que, sobre protección de terceros en tema de ineficacia, podía mantenerse para nuestro ordenamiento antes de la Reforma. Nuestra más autorizada doctrina venía ya señalando cómo incluso la nulidad —la más intensa y enérgica forma de invalidez— se detiene ante el tercero de buena fe (51). Así lo había

(50) Cfr. *antea*, nota 45.

(51) Cfr. CASTRO: *El Negocio Jurídico*, cit., págs. 477-78: «Esta ineficacia —dice, hablando de la nulidad— se refiere a los propios efectos negociales y no se ha de entender como si lo nulo no hubiese sucedido. El negocio nulo, como acto, ... unido a la buena fe puede originar efectos negociales o cuasi-negociales, como en el matrimonio putativo (69), en la protección del adquirente de buena fe...». Igualmente, en pág. 483: «El más visible de estos efectos es el ya señalado de la reacción en cadena, que se produce al extenderse la condición de nulo a todos los derechos y títulos basados en el negocio que se declaró nulo. La que se detiene sólo respecto de los terceros de buena fe que legítimamente hayan podido confiar en la validez del negocio». Para la anulabilidad, cfr. pág. 508: «Declarada la nulidad de:

hecho ya en la doctrina francesa, e. c., Lutzescó (52) y, lo que es más importante, así cabe entenderlo en nuestro Derecho con base legal clara. La interferencia de la apariencia jurídica en los efectos de la invalidez o ineficacia, cualquiera que sea su forma, viene claramente dibujada en la Ley Hipotecaria a propósito de la apariencia de validez resultante de la inscripción. Las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero de buena fe, esto es, a quien su fundamento resulte incognoscible (artículo 37). Igual ocurre con la nulidad: la inscripción no convalida

un negocio jurídico por sentencia judicial, se producirán los efectos propios de la declaración de nulidad. Destruídas sus posibilidades de confirmación y de sanarse por caducidad de la acción de nulidad, aparece, la originaria invalidez del negocio. La anulación, se dice, tiene eficacia retroactiva (*ex tunc*). También desplegará sus naturales efectos destructivos sobre los títulos y derechos fundados en el negocio que se anula (*resoluto jure dantis resolvitur et jus accipientis*); sin otras limitaciones que las resultantes de la protección debida a los terceros amparados en la publicidad y en la buena fe (art. 464, 1.473 CC., 34 LH)«. También Díez PÍCAZO: *Fundamentos...*, cit., hablando de la reacción del ordenamiento frente al contrato ineficaz, se refiere a la convalidación excepcional de los efectos contractuales, la cual, dice —pág. 298— puede ser una medida de protección de la confianza creada en personas que de buena fe han creído en la eficacia del contrato aparente, bien sean las mismas partes del negocio o alguna de ellas o bien sean terceras personas...». Aquilata cuidadosamente NÚÑEZ LAGOS: *La integridad de la fe pública en los Registros de la propiedad*, RDN, 1966, 51 (Enero-marzo), págs. 48-49. El acto realizado por el tercero sigue siendo en sí mismo un acto ineficaz, por más que la ley —esa es la medida protectora— le conceda *aliunde* los efectos que corresponderían a su eficacia. Los artículos 40 *in fine* L. H. y 173, 2 R. H. son para nuestro ordenamiento la base legal de esta afirmación. «El artículo 40 —dice Núñez Lagos— permite que se rectifiquen todas las inexactitudes registrales, originarias o sobrevenidas, incluso las del asiento del tercero del artículo 34, sin más limitación que la de no le perjudiquen... El juez que decreta la rectificación de su asiento (del tercero) tiene que decretar al mismo tiempo el nuevo asiento manteniendo al tercer adquirente de buena fe en su titularidad» (pág. 49).

(52) LUTZESCO, Gorges: *Teoría y práctica de las nulidades*. Trad. de M. Romero Sánchez y S. López de la Cerda. Méjico, 1945, págs. 297-302, esp. pág. 298: «Pero la práctica de las cosas muy a menudo viene a frustrar la autoridad de la ley, casi siempre rodeada y sostenida por la atmósfera de la buena fe. En efecto, con el concurso de la buena fe las situaciones adquiridas habrán de afrontar la sanción de la ley, y tras ella se escudan los terceros adquirentes para defenderse contra los efectos de la nulidad y, advirtámoslo bien, la buena fe logra detener el progreso de la acción de nulidad desde el momento mismo en que se promueve. Algunas veces, para tener mayor eficacia requiere el concurso de la antigua regla *error communis facit jus*. Como quiera que sea, una y otra concurren para asegurar el respeto de las situaciones de hecho con o contra la ley». También, pág. 302: «Por esto creemos que no es exagerado concluir que el efecto de la nulidad no es tan completo como lo sostenía la doctrina clásica... Su papel, como ha sido trazado por la jurisprudencia, no es propiamente destructivo en todo caso. Este es el error de los clásicos. Afecta al acto jurídico sólo en el aspecto en que las partes han violado la ley, pero se detiene ante los hechos consumados si éstos no son de tal naturaleza que comprometan el orden público, y se detiene porque se prefiere sacrificar su autoridad para salvar el crédito y la seguridad de las transacciones, es decir, para no afectar los principios que son la piedra de toque del derecho de obligaciones».

los actos o contratos que son nulos con arreglo a las leyes (art. 33), pero el tercero que adquiere creyendo en su validez es mantenido en su adquisición (art. 34). La ineficacia, en todas sus formas, cede ante el tercero de buena fe. En este sentido es ejemplar el artículo 291 del Código civil portugués, que predispone indistintamente un mismo régimen de interferencia de la protección del tercero en relación con la nulidad como con la anulabilidad (53). Tercero de buena fe será en esta materia, como dice el tercer párrafo del mismo artículo 291 portugués, «el adquirente que en el momento de la adquisición desconocía sin culpa el vicio del negocio nulo o anulable» (54).

En cualquier caso, y esto es lo que directamente interesa al objeto de estas líneas, la reforma del Derecho de familia provee de nuevo y de modo expreso a la protección de los terceros de buena fe en el artículo 1.335, a propósito de la anulación de las capitulaciones matrimoniales.

5. Igual ocurre en los nuevos artículos 1.391 y 1.433-34. En el primero de ellos, y a propósito de la administración de la sociedad de gananciales, se establece que cuando un cónyuge hubiere realizado un acto en fraude de los derechos de su consorte quedará deudor por su importe y, además, si el adquirente en tal acto hubiere procedido de mala fe, el acto será rescindible. Es una concreta aplicación del régimen general de rescindibilidad (artículos 1.295, 1.298). La rescisión no alcanza al tercero adquirente de buena fe. No es que el acto rescindible pierda intrínsecamente su atacabilidad; es que dicho ataque resulta paralizado *ab extra* por consecuencia de la protección del tercero de buena fe; no del *tertius sciens*.

Los artículos 1.433 y 1.434 regulan el pago del crédito de participación en el régimen económico-matrimonial de igual nombre. Si no hubiere bienes en el patrimonio del deudor —establece el art. 1.433— para hacer efectivo el derecho de participación en ganancias, el cónyuge acreedor podrá impugnar las enajenaciones que hubieren sido hechas a título gratuito sin su consentimiento (debilidad de la causa gratuita, en la que no opera la protección de los terceros) y aquellas que hubieren sido realizadas en fraude de sus derechos. De nuevo, la pregunta: ¿habrá de llegar la aquí llamada *impugnación* hasta los terceros adquirentes? El artículo 1.434 de la respuesta: tras señalar al ejercicio de dicha impugnación un plazo de dos años desde la extinción del régimen de participación, añade que no se dará ella contra *adquirentes a título*

(53) Artículo 291, 1: «A declaração de nulidade ou a anulação do negocio jurídico que respeite a bens imóveis, ou a móveis sujeitos a registro, não prejudica os direitos adquiridos sobre os mesmos bens, a título oneroso, por terceiro de boa fe se o registro de aquisição for anterior ao registro da acção de nulidade ou anulação ou ao registro do acordo entre as partes acerca da invalidade do negocio».

(54) «E considerado de boa fe o terceiro adquirente que no momento da aquisição desconhecia, sem culpa, o vicio do negocio nulo o anulável».

oneroso y de buena fe. Como se ve, son las completas señas de identidad de la protección del tercero: onerosidad y buena fe.

Las normas ahora indicadas son aplicación concreta de un criterio más amplio ya establecido en el Código. Poco suponen de novedad en este sentido. Son, con todo, dos ocasiones más en que en nuestro Código, de modo expreso, dándose un conflicto *de terceros*, se opta por la protección de éstos. La rescindibilidad o la impugnabilidad se detienen ante el tercero de buena fe: el tercero que desconoce inculpablemente la irregularidad (oculta) del acto en que participa, o el que, posterior subadquirente, confía en la aparente estabilidad de la titularidad de su *causam dans*. Lo de menos, en estos casos, es el carácter real o personal de la acción que se ejercita, o que el disponente, antes de la rescisión, sea verdadero titular del objeto de que dispone. La protección de los terceros, ya lo hemos dicho, no sólo salva adquisiciones *a non domino*; cubre también excesos dispositivos a consecuencia de los cuales el acto de disposición resulta impugnable, y suple la inestabilidad de titularidades amenazadas. Al desmoronarse éstas, el *resoluto jure dantis*... haría que sus consecuencias afectaran al tercero; la protección de éstos se interpone dando a la adquisición efectuada una estabilidad que la titularidad del *tradens* no tenía.

III. Hasta ahora hemos venido indicando los preceptos que en la reciente reforma del Código civil hacen aplicación de modo expreso del principio de protección del tercero de buena fe: frente a él la realidad desconocida es como si no existiera; la apariencia funciona como si fuera la realidad. Con la anterior relación no queda agotado el tema de la protección de los terceros en el nuevo Derecho de familia. Hay en él otro conjunto de normas que, sin mención expresa del tercero de buena fe, resultan ser aplicación de la protección de la apariencia jurídica. A estas normas hemos de referirnos a continuación.

1. En primer lugar hemos de ocuparnos del matrimonio putativo, objeto del antiguo artículo 69: «El matrimonio contraído de buena fe produce efectos civiles aunque sea declarado nulo...»

La doctrina no era pacífica en la explicación de la naturaleza jurídica de la figura. Cifándonos sólo a la nuestra, Jordano, entiende como una aplicación de la teoría de la apariencia; Ladaria, por el contrario, niega su encaje en tal molde (55). La divergencia

(55) JORDANO BAREA, J. B.: *Fundamento y naturaleza jurídica del matrimonio putativo*. Libro Homenaje al Prof. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Sevilla, 1967, págs. 37 ss., esp. pág. 81: «... estamos convencidos —como ya anunciamos en las primeras páginas de este trabajo— de que sólo recurriendo a la teoría de la apariencia jurídica puede explicarse satisfactoriamente la esencia y el funcionamiento del matrimonio putativo...». Se incluye nota amplia y documentada sobre la doctrina italiana, tanto en este mismo sentido como en sentido distinto. En cambio, LADARIA CALDENTEY, J.: *Legitimación y apariencia jurídica*. Barcelona, 1952, pág. 138, siguiendo a TRABUCCHI, objeta que la apariencia sólo puede ser invocada por terceros; no por quienes son parte en el negocio o acto que la desencadena.

de criterio tiene su explicación: la apariencia jurídica cubre en la amplitud de su extensión campos en que la intensidad de sus efectos varía. La apariencia (*lato sensu*) comienza por otorgar al titular de la situación aparente una protección *inmediata pero no definitiva* (arts. 446, 448 C. c., 38 L. H.) en interés de la seguridad estática, o una protección *definitiva, aun cuando no inmediata*, cuando la misma apariencia reúne determinadas condiciones legales (arts. 1.930, 1; 1.940, 1941...). Es una forma menos intensa de efectividad de la apariencia jurídica, pero aplicación de la misma, en todo caso. Cuando ésta se hace más intensa (apariencia *stricto sensu*) es cuando se la toma en consideración desde el punto de vista de los terceros. Al estimarla éstos como realidad, llevan a cabo una actuación, de buena fe, en cuya ayuda ha de venir el Derecho: la apariencia se trata como si fuera la realidad misma, y el ajeno a su formación (tercero de buena fe) obtiene una protección *inmediata y definitiva* (arts. 464 C. c., 34 L. H.) (56). Pues bien, el matrimonio putativo, cuando con detenimiento se estudia su fundamento y naturaleza —lo que entre nosotros ha hecho Jordano— puede situarse en la primera de las indicadas zonas de efectividad de la apariencia. Ahora bien, si —lo que ya comienza a ser cuestión fundamentalmente de vocabulario— al término apariencia jurídica se reserva sólo el espacio en que ésta adquiere su más intensa y plena forma de eficacia —lo que hace Ladaria—, el matrimonio putativo queda fuera de ella.

En efecto, «velo, sombra y apariencia de matrimonio» llamaba García Goyena al matrimonio putativo (57) y sin embargo, es claro que sus efectos no encajan en los de la apariencia jurídica *stricto sensu*. El artículo 69, en primer lugar, se ocupaba de los cónyuges (y de los hijos), pero no de los *terceros*, ajenos al matrimonio y que pudieran resultar engañados por la aparente validez del mismo: respecto a su propio matrimonio, los cónyuges no son terceros, sino parte, y la teoría de la apariencia (*stricto sensu*, repetimos) despliega su eficacia respecto a terceros. En segundo lugar, el resultado protector de la apariencia se traduce en la equiparación inmediata y definitiva (respecto a terceros de buena fe) de apariencia y realidad: la ineficacia del acto fundado en la apariencia pero carente de base real resulta sanada definitiva-

(56) Cfr. para esta distinción, más ampliamente, nuestro trabajo *La representación aparente...*, cit., págs. esp. 451-454.

(57) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Madrid, 1852, I, pág. 104: «Este es el matrimonio llamado comúnmente putativo. En rigor sólo el matrimonio legítimo y verdadero podría hacer verdaderos esposos y producir hijos legítimos. Mas por un efecto de favor hacía los hijos, y en consideración a la buena fe de los esposos, se ha recibido por equidad que, anulándose el matrimonio a consecuencia de un impedimento oculto que existía al contraerlo, si los dos esposos lo habían ignorado, tanto ellos como los hijos nacidos de esta unión, conserven el nombre y prerrogativas de esposos e hijos legítimos, porque los unos se han unido, y los otros han nacido bajo el velo, sombra y apariencia del matrimonio».

mente en sus efectos. El matrimonio putativo, en cambio, nunca llegaba a convertirse en matrimonio válido y eficaz. Jordano podía sintetizar los efectos del antiguo artículo 69 del siguiente modo: «la apariencia del matrimonio nulo equivale en cuanto a su eficacia al matrimonio válido, desde la celebración en forma hasta la declaración de nulidad, sin más limitaciones que las impuestas por la mala fe». El matrimonio putativo es, pues, añadía, un matrimonio *nulo* que no se sana, convalida o tiene como válido *ad tempus* la ley (58). Finalmente, el artículo 69 protegía, en todo caso, con independencia de la buena o mala fe de los padres, a los hijos, y es claro que éstos no podían aducir en su favor —como ocurre al tercero protegido— el haber confiado de buena fe en una determinada apariencia jurídica (59).

Con estos datos a la vista, nosotros hemos mantenido que matrimonio putativo y matrimonio aparente no pueden equipararse como categorías que adecuadamente se correspondan: ni toda apariencia de matrimonio encontraba acogida y regulación en el artículo 69, ni todo el artículo 69 respondía a la protección de la apariencia jurídica (60). Cuando del matrimonio putativo se derivan efectos firmes para los cónyuges —no obstante su condición de partes en el matrimonio realmente nulo— reconducibles a la teoría de la apariencia, es —decíamos— porque «en el matrimonio aparente la apariencia deriva fundamental y decisivamente de la forma solemne de su celebración: la oficialidad de la asistencia del Juez, en el matrimonio civil, o del párroco o su delegado, en el canónico, objetiva la apariencia y da base a la buena fe del o de los cónyuges» (61).

Pues bien, tras la reforma del Derecho de familia el contenido del antiguo artículo 69 resulta distribuido en varios y distintos preceptos que, según creemos, ayudan a circunscribir lo que, en torno a la nulidad del matrimonio, puede reconducirse a la técnica general de protección de la apariencia jurídica.

En primer lugar, el nuevo artículo 79 dispone que «la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. La buena fe —completa— se presume». Aparece aquí recogida buena parte del derogado artículo 69. Podría pensarse incluso que se consagra en la nueva norma una de las posibles formas de explicación de la disciplina contenida en la anterior regulación. El matrimonio putativo terminaba por consistir en la evitación de retroactividad en los efectos de la nulidad declarada

(58) JORDANO: op. cit., pág. 82.

(59) Para CASTRO: *El Negocio Jurídico*, cit., pág. 465, texto y nota 4, «la protección de los hijos resulta del valor concedido a la posesión de estado y de razones evidentes de equidad», pero en cualquier caso, distintas a la buena fe de los padres, razón de ser del matrimonio putativo si éste se entiende desde la doctrina de la apariencia.

(60) Cfr. nuestra *Representación aparente...*, cit., pp. 425-426.

(61) *Ib.* pág. 445.

(algo parecido a lo que, en relación con el poseedor de buena fe, ocurre a la liquidación de la situación posesoria).

Pero el régimen de la nulidad del matrimonio necesita ser completado. Especial atención merece la nulidad por defecto de forma. De ella se ocupan varios de los nuevos preceptos. El artículo 73, párrafo 3.º, establece la nulidad del matrimonio que «se contraiga sin la intervención del juez o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos». El 78 dispone que «el juez no acordará la nulidad de un matrimonio por defecto de forma si al menos uno de los cónyuges lo contrajo de buena fe, salvo lo dispuesto en el número tres del artículo 73». Al parecer, pues, el defecto de forma invalidante ha de ser un defecto grave (los supuestos que se venían hipotizando como desencadenantes de *inexistencia*); no cualquier irregularidad formal, sino la falta de intervención del juez o funcionario que deba autorizar el matrimonio, o la de los testigos. Interviniendo juez y testigos —y, en cuanto al primero, incluso juez incompetente— queda a salvo la validez del matrimonio si al menos uno de los cónyuges lo contrae de buena fe. En este sentido, el nuevo artículo 53: «La validez del matrimonio no quedará afectada por la incompetencia o falta de nombramiento legítimo del juez o funcionario que lo autorice, siempre que al menos uno de los cónyuges hubiese procedido de buena fe y aquellos ejercieran sus funciones válidamente».

Sin que sea este el lugar para el comentario detallado del anterior conjunto normativo, sí interesa destacar cómo, al parecer, en la nueva regulación se circunscriben los términos de la protección de la apariencia jurídica acerca de la validez del matrimonio. La irretroacción de los efectos de la nulidad no encajan en la protección de la apariencia jurídica. Esta, en cambio, se produce con toda normalidad para sanar, en aras de la buena fe del contratante o contrayentes, la nulidad que *de suyo* habría de seguirse de la incompetencia o falta de nombramiento legítimo del funcionario autorizante. Cuando tal ocurre, la protección de la apariencia opera sobre *terceros* —que terceros son los cónyuges en cuanto a la falta de nombramiento o competencia del juez— y se traduce, no en la mera irretroactividad de los efectos de la nulidad, sino en la evitación de ésta: el matrimonio no queda afectado en su validez. Estamos ante una aplicación de lo que en el Derecho administrativo se llama el *funcionario de hecho*. Lo que en el antiguo artículo 69 podía haber de aplicación de la teoría de la apariencia *stricto sensu* encuentra ahora regulación separada, plenamente ajustada al molde que la conforma.

2. Nueva referencia, implícita pero clara, a la apariencia jurídica encontramos en los nuevos artículos 102 y 1.436. En el primero se determinan los efectos que *ministerio legis* se producen desde la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio: los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal. Quedan igualmente revocados los consenti-

mientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiere otorgado al otro. Asimismo, salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. La pregunta brota de inmediato: ¿serán efectivas tales consecuencias incluso respecto a terceros desconocedores de la causa que las provoca? Nótese, de una parte, que los efectos indicados interesan en gran manera la actuación de los cónyuges respecto a terceros; de otra parte, que la admisión de la demanda de separación permite, pero no impone, que los cónyuges vivan separados. ¿Será mucho imaginar pensar que pueda haber terceros desconocedores de la admisión de la demanda y que piensen, posiblemente apoyados en el hecho de la continuada convivencia, que en nada se ha alterado la situación matrimonial, y con ella la legitimación para actuaciones en las que el mismo tercero interviene, de la persona con quien contrata?

El artículo 102, previendo esta posibilidad, termina por establecer: «A estos efectos, cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro civil y, en su caso, en los de la propiedad y mercantil». Se trata, claramente, de permitir un reflejo para terceros de la realidad de la situación producida. Quien quiera alegrarla ha de hacerla cognoscible: la publicidad registral es un medio —no el único, ni, por tanto, necesario, y, posiblemente, tampoco suficiente en ocasiones— de tal cognoscibilidad. No se impone propiamente una obligación, sino una carga. El permisivo *podrá* que aquí emplea la ley contrasta con el imperativo *deberán* que se utiliza en el artículo 1.436.

Efectivamente, la demanda de separación de bienes y la sentencia en que ésta se declare están llamadas a tener una fuerte repercusión respecto a terceros. ¿Se impondrán a éstos, sin más sus efectos? No, si no les resultan cognoscibles: la publicidad puede ser medio de tal cognoscibilidad, por ello: «la demanda de separación de bienes y la sentencia firme en que se declare se deberán anotar e inscribir respectivamente en el Registro de la propiedad que corresponda si recayere sobre bienes inmuebles. La sentencia firme se anotará también en el Registro civil».

3. Los artículos 113, 131, 135, 137 y 140 hacen también aplicación de la protección de la apariencia, en la medida en que la *posesión de estado* puede considerarse «apariencia del estado, creada por el ejercicio de sus facultades y la convicción de la generalidad» (62). No hace al objeto de estas páginas entrar en la distinción de su efectividad respecto al poseedor del estado y en relación con terceros.

4. También en los artículos 1.319 y 1.365 se deja traslucir la preocupación por la seguridad y protección de los terceros. Recoge el primero el contenido del derogado artículo 66, la potestad doméstica: «Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos en-

(62) Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, Angel M.: *La posesión de estado familiar*. Sevilla, 1971, pág. 168.

caminados a atender las necesidades ordinarias de la familia encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma».

Con la nueva disciplina —ha indicado Lacruz (63)— el antiguo mandato tácito que el marido podía revocar expresamente a su mujer se ha transformado en un poder que concede la ley individualmente a uno y otro cónyuge y que ninguno puede suprimir o restringir en el otro; en tema de satisfacción de las necesidades ordinarias de la familia cada cónyuge tiene las mismas posibilidades de comprometer, no ya sólo los bienes comunes, sino también los del otro cónyuge.

Es evidente la trascendencia frente a terceros de la norma ahora indicada; no es una norma de *contribución*, sino de *responsabilidad*, según puntualiza el mismo Lacruz (64). Efectivamente, «de las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad —artículo 1.319, 2— responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda, y subsidiariamente, los del otro cónyuge». En igual sentido, y regulando las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, establece el artículo 1.365: «los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge: 1. En el ejercicio de la potestad doméstica...».

Ahora bien, por muy legal que sea el poder atribuido a los cónyuges, se tratará siempre de un poder funcionalmente limitado: las necesidades ordinarias de la familia encomendadas a su cuidado le marcan sus propios límites. ¿Ha de detenerse el tercero a comprobar hasta el fondo que la actuación del cónyuge no excede sus atribuciones? Sin recurrir expresamente a la categoría del tercero de buena fe, la ley emplea aquí un criterio externo de determinación del poder de cada cónyuge: el uso del lugar y las circunstancias de la familia (justamente el mismo que marca el ámbito de ejercicio de la patria potestad por uno solo de los cónyuges, art. 156, 1). Quiere ello decir que hacia fuera, en relación con terceros, la actuación del cónyuge en ejercicio de la potestad doméstica, compromete los bienes comunes, e incluso subsidiariamente los privativos del otro, si *externamente* aparece adecuado al uso y circunstancias de la familia, por más que *ad intra* el acto pueda resultar excesivo o extralimitado. Con la nueva disciplina —ha podido decir Lacruz (65)— cada uno de los cónyuges tiene el poder de obligar los bienes comunes por aquellas deudas que «aparentemente (al acreedor le debe bastar la apariencia) se contraigan en interés, mediato o inmediato, pero manifiesto, de la comunidad». La apariencia, pues, termina por legitimar al cónyuge en beneficio de los terceros que en ella confían para actuaciones que comprometen los bienes comunes.

(63) *La Reforma...*, cit., pág. 44.

(64) *Op. cit.*, pág. 17.

(65) *La Reforma...*, cit., pág. 44; *El nuevo régimen...*, cit., pág. 162.

5. De nuevo, en las normas dedicadas a la administración de la sociedad de gananciales, volvemos a comprobar la solicitud del legislador por la seguridad del tráfico o de los terceros. No se menciona tampoco ahora al tercero de buena fe, pero la inspiración legal es inequívoca.

Comienza el artículo 1.375 estableciendo el principio de gestión y disposición conjunta de los gananciales. Su aplicación rigurosa dificultaría la economía del matrimonio y provocaría inseguridad en el tráfico. Se hacen, pues, necesarias normas complementarias que, como excepción al principio, permitan los actos de gestión y disposición por sólo uno de los cónyuges. Ya hemos visto en este sentido la llamada potestad doméstica. Ahora la reforma incluye un conjunto normativo del que nos interesa destacar los artículos 1.384 - 1.386.

«Serán válidos —dice el 1.384— los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren.»

«Los derechos de crédito, cualquiera que sea su naturaleza —añade el 1.385— serán ejercitados por aquel de los cónyuges a cuyo nombre aparezcan constituidos...»

«Para realizar gastos urgentes de carácter necesario, aun cuando sean extraordinarios, bastará el consentimiento de uno solo de los cónyuges», termina el artículo 1.386.

La *ratio* de estos preceptos es clara: legitimación individual excepcional. Su orientación varía: en los primeros se trata de una legitimación justificada desde fuera, desde las exigencias del tráfico de buena fe; en el tercero se consagra una legitimación individual fundamentada *ab intra*, desde la urgencia del interés conyugal o familiar. Nuestra atención ha de ceñirse a los dos primeros: a los artículos 1.384 y 1.385.

Es cierto, repetimos, que no se hace en ellos mención explícita del tercero de buena fe; quizá tampoco sea necesario. Poco añaden los preceptos en estudio al artículo 464 o al 1.164 («... a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren...»; «... a cuyo nombre aparezcan constituidos...»). En cualquier caso su fundamento y finalidad resultan claros. En la Exposición de Motivos del Proyecto se dice textualmente: «La reforma, al atribuir la gestión a ambos cónyuges, sin distinción ni ventaja para ninguno, ha tenido muy en cuenta la *necesidad de agilizar los negocios* y operaciones de cada uno de ellos... y de *salvaguardar el interés y las legítimas expectativas de los terceros que contratan exclusivamente con el marido o la mujer*, mediante la previsión de una serie de supuestos en los cuales la legitimación para administrar, disponer y obligarse puede ser indistinta o individual».

En la discusión parlamentaria —ya hemos aludido a ello en otro lugar— el diputado Aguilar Moreno, por el Grupo Andalucista, manifestó sus reparos al artículo 1384: se atiende excesivamente a la seguridad, en perjuicio de los intereses del matrimonio y, particularmente, de la mujer: la parte más débil en él sociológicamente. Por ello —se objetaba— el régimen establecido en el precepto debería condicionarse a que el dinero o títulos de que en ellos se trata no representen posición cualificada en el seno de la sociedad conyugal. Queda ya lejano en el tiempo el criterio de valoración superior de los inmuebles y de minusvaloración de los bienes muebles. En la contestación a la enmienda, el diputado Díaz Fuentes subraya la *ratio* del artículo 1.384: «... este artículo está dirigido —dice— a fortalecer fundamentalmente el crédito del matrimonio y el de cada uno de los cónyuges frente a terceros, evitando enojosas investigaciones sobre la procedencia del dinero empleado por un contratante, en una operación de investigación que si la reclamamos a terceros puede ser en muchos casos dificultosísima y paralizadora del tráfico...», terminando por destacar que «el artículo 1.384 no es más que una pieza dentro de un conjunto armónico de normas», armonía que se rompería si se modificara el criterio protector de terceros que lo inspira (66).

El comentario doctrinal de la norma abunda en el mismo sentido. Los artículos 1.384 y 1.385 «han sido pensados en beneficio del tráfico —dice Lacruz—: en interés del cónyuge tenedor, al que no se exige que justifique su titularidad exclusiva ni la utilidad del acto de administración, y en interés de los terceros que contratan válidamente sin tener que comprobar la legitimación de quien les compra o vende en los límites del artículo 1.384» (67). «El artículo 1.384, dirigido más bien a conservar el crédito del matrimonio y de cada uno de los cónyuges frente a terceros, evitando a éstos enojosas investigaciones sobre la procedencia del dinero empleado por un contratante casado, no podría consagrar, en la relación interna, las decisiones puramente individuales en orden a los actos que modifican la composición del capital del consorcio (68). Es que, *inter partes*, la regla del artículo 1.384 debe interpretarse restrictivamente frente a la regla general del artículo 1.375 de disposición conjunta de los bienes gananciales. De los frutos y productos de los bienes puede disponer cada cónyuge, como administrador de su patrimonio privativo —dice el art. 1.381— en cuanto sea preciso para la administración de dicho patrimonio, pero no a efectos distintos, «pues los frutos y ganancias forman parte del haber de la sociedad: son de ella y no del cónyuge y —en la relación interna— éste no puede servirse de tales fondos en beneficio propio y para sus gastos particulares que no sean, a su vez, carga

(66) Cfr. *Diario de Sesiones*, del Congreso de los Diputados, 18 diciembre 1980, págs. 9017-9018.

(67) LACRUZ: *La reforma...*, cit., pág. 58; *El nuevo régimen...*, cit., pág. 168.

(68) Id.: *La reforma...*, pág. 60; *En nuevo régimen...*, cit., pág. 171.

de la comunidad. Claro que *erga omnes* es válida la disposición conforme al artículo 1.384, salvo que el tercero sea cómplice en el fraude» (69). No se puede indicar mejor ni más claramente cómo el artículo 1.384 es una norma *de tercero*, que produce en favor de éste, cuando lo es de buena fe (no cómplice en el fraude), la validez de una actuación que, examinada y valorada hacia dentro, debería considerarse ineficaz.

IV. No queda dicho con lo anterior cuanto sobre la protección de terceros se establece en la reciente reforma del Derecho de familia. Quedarían aún por relacionar las situaciones en que, sin previsión legal expresa, pero por una clara razón de analogía, han de entenderse protegidos los terceros de buena fe; es decir, las situaciones en que la realidad no puede ser opuesta a quien sin culpa la desconoce, y toma como índice de ella lo que es mera apariencia. Brevisísimamente pasamos a indicar tales supuestos.

1. Determina el artículo 83 que «la sentencia de separación produce la suspensión de la vida común de los casados y cesa la posibilidad de vincular los bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica».

La norma es evidentemente lógica pero deja en pie un interrogante: ¿*quid* respecto a terceros conedores del matrimonio e ignorantes de la separación? Necesariamente ha de entenderseles protegidos. Es aplicable por analogía el artículo 102, ya visto: cualquiera de las partes puede instar la oportuna anotación en el Registro Civil —habiendo de padecer en caso contrario los efectos de la omisión— de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio. Si la oponibilidad de los efectos derivados de la admisión de la demanda puede quedar sometida a su publicidad registral (en el caso de que el tercero no la conozca *aliunde*), a *fortiori* han de quedar supeditados a ella los efectos de la sentencia. También es analógicamente aplicable el artículo 89: «la disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil».

2. Tras la sentencia de nulidad, separación o divorcio, y según dispone el último párrafo del artículo 96, «para disponer de la vivienda y bienes indicados (los objetos de uso ordinario en ella) cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial».

De nuevo: ¿*quid*, cuando de hecho se dispone sin los requeridos consentimiento o autorización? ¿Puede el tercero desconocer sin culpa la situación determinante de su necesidad? Creemos aplicable al caso, con cuantas observaciones hicimos al comentarlo, el segundo párrafo del artículo 1.320. Si incluso *constante matrimonio* el cónyuge no titular (y, de haberlos, los hijos) ha de padecer, como consecuencia de la protección del tercero de buena fe,

(69) LACRUZ: *El nuevo régimen...*, cit., pág. 172.

los efectos de una enajenación sobre los mismos bienes, por él no consentida, *a pari*, si no *a fortiori*, habrá de soportarlos cuando la enajenación se produce tras la sentencia de nulidad, separación o divorcio.

3. En razón de la patria potestad los padres tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Ahora bien, tal representación no alcanza —art. 162, 3— a los actos relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres (cfr. art. 164), como tampoco a los de enajenación o constitución de gravamen sobre inmuebles del hijo, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios..., sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal (art. 166, 1).

¿Qué ocurrirá, de cara a terceros, si en el ejercicio de la patria potestad se dispone sobre bienes del hijo a los que no alcanza, en absoluto o por sí sólo, el contenido de dicha patria potestad? Téngase en cuenta que la exclusión respecto a ella de los bienes aludidos en el 162, 3, e indicados en el 164, no tiene necesariamente reflejo que hacia fuera la haga cognoscible: el origen de los bienes, incluso su titularidad, pueden resultar desconocidos, su consideración como «preciosos» podrá ser cuestión relativa, los inmuebles pueden no estar inscritos... El nuevo artículo 166, que en otros aspectos completa al antiguo 164, omite la salvedad que éste hacía en cuanto a los efectos de la transmisión, de lo establecido en la Ley Hipotecaria; era una forma de dejar a salvo los derechos de terceros de buena fe. ¿Cuál es la trascendencia de esta omisión? Responden Suárez Sánchez Ventura y Martínez Martínez: «Suprime del anterior artículo la salvedad frente a terceros de lo prevenido en la Ley Hipotecaria, sin que ello tenga trascendencia alguna, por cuanto esta supresión no significa excluir su aplicación a este campo, sino el reconocimiento de que su constancia expresa era innecesaria ya que siempre y en todo caso regirán, al igual que, tratándose de muebles, el artículo 464» (70).

4. Entre las disposiciones generales sobre el régimen económico matrimonial, ordena el artículo 1.322 que «cuando la ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados, podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento

(70) Op. cit., pág. 869. Más adelante —pág. 876— refiriéndose a los objetos «preciosos», dicen: «Para estos casos sin perjuicio de que aquel a cuyo favor se otorgue la disposición pueda exigir preventivamente el cumplimiento de los requisitos del art. 166, y sin perjuicio también de que, otorgado el acto, pueda éste ser impugnado, una vez que conste la preciosidad, por faltar autorización judicial o consentimiento del menor que pueda prestarlo, siquiera los efectos devolutorios puedan verse obstaculizados por el art. 464, y determinándose la extensión de la obligación de indemnizar por quien corresponda en atención a la buena o mala fe interviniente».

se haya omitido o de sus herederos. No obstante, serán nulos los actos a título gratuito sobre los bienes comunes si falta en tales casos el consentimiento del otro cónyuge» (cfr. también artículos 1.376-78 en cuanto a administración de gananciales).

Omitido, por ajeno a nuestro tema, todo comentario al distinto régimen de ineficacia en consideración del carácter oneroso o gratuito (en estos últimos —además— no hay cuestión de protección de terceros) (71), hemos de limitar nuestra atención a la repercusión, en cuanto a terceros, de la anulabilidad de los actos a que se refiere el artículo ahora transcrito. ¿Cabe la anulación cuando el adquirente desconoce que la calificación jurídica del bien impone el consentimiento omitido? Podríamos responder con el criterio que, en interpretación antes propuesta, pudiera extraerse del artículo 1.335: «las consecuencias de la anulación no perjudicarán a tercero de buena fe». Si se estima que ésta es norma exclusivamente aplicable a la anulación de las capitulaciones matrimoniales, encontraremos la respuesta, una vez más, en el artículo 1.320. Se trata en él del acto dispositivo, necesitado de consentimiento de ambos cónyuges (aun cuando el bien *de quo* pertenezca exclusivamente a uno de ellos) que más puede afectar a aquel de cuyo consentimiento se prescinde, por referirse a algo tan elemental y necesario como la vivienda habitual: «la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe»; es decir: el adquirente de buena fe queda a salvo de la anulación y de sus efectos; será el disponente quien haya de responder indemnizando al cónyuge omitido. Lo que vale para la disposición sobre la vivienda, o sobre los derechos que en ella se tengan, vale, una vez más, *a pari* si no *a fortiori* para los actos de administración o disposición de bienes no tan elementalmente necesarios.

5. En la regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales dispone el artículo 1.370: «Por el precio aplazado del bien ganancial adquirido por un cónyuge sin el consentimiento del otro responderá siempre el bien adquirido, sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes según las reglas de este Código».

Se establece en este precepto una concreción de responsabilidad sobre un bien por el precio aplazado del mismo. La norma es enérgica en el tono de su expresión: *responderá siempre el bien adquirido*. ¿Con la eficacia propia de una garantía real, como sugeriría la letra del precepto? ¿Acompañará tal responsabilidad al bien, incluso si éste sale de manos del adquirente? Evidentemente, no. La prenda no surte efectos contra terceros si no consta por instrumento público la certeza de su fecha (art. 1.865); la hipoteca requiere para su válida constitución que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad (arts. 1.875 C. c. y 145 L. H.); la expresión del aplazamiento del pago no surtirá efectos en perjuicio de tercero a menos que se garantice aquél

(71) Cfr. LACRUZ: *La Reforma...*, cit., págs. 17-18.

con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita en el documento que se inscribe (art. 11, L. H.). Nada de esto se impone en el nuevo artículo 1.370; no se establece en él ningún tipo de garantía legal real y tácita. El bien adquirido responderá de su precio aplazado, no «siempre», sino mientras esté en manos del deudor del precio. Sólo subsistirá la responsabilidad cuando el bien salga fraudulentamente de manos del adquirente a las de un *tertius conscius fraudis*. En tal caso procederá el simple desvelamiento del fraude para hacer posible la aplicación de la norma que se trató de eludir (art. 6, 4); en el supuesto contrario —adquisición por tercero desconocedor del fraude— ni siquiera es necesaria la protección del tercero de buena fe: el bien adquirido no está sujeto a garantía real; al adquirente no alcanza la responsabilidad del cónyuge deudor del precio aplazado.

6. «Para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales —dispone el art. 1.377— se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges...». Comenta Lacruz: «Las sanciones de la infracción de estas reglas son importantes. Si el adquirente paga al marido el precio de la enajenación de bienes comunes unilateralmente realizada por éste, el pago no es liberatorio para el adquirente, y a su vez la mujer podrá, o reclamar el precio a dicho adquirente en nombre de la comunidad, o bien pedir la nulidad de la enajenación. Nulidad que, como se sabe, es relativa» (72).

Nada tenemos que objetar al comentario; sólo añadir que si el adquirente merece la calificación de tercero de buena fe, su pago le resultará liberatorio (art. 1.164) y la acción del cónyuge cuyo consentimiento se omitió quedará enervada: habrá sólo responsabilidad en las relaciones internas.

7. Según el artículo 1.381: «Cada cónyuge tendrá la administración de su patrimonio privativo y puede a este efecto disponer de los frutos y productos de sus bienes. Los frutos y ganancias forman parte del haber de la sociedad y están sujetos a las cargas y responsabilidades de la sociedad de gananciales».

Los frutos y ganancias, pues, de los bienes privativos forman parte del haber ganancial; como tales están sujetos a las cargas y responsabilidades de la sociedad de gananciales. No obstante, el cónyuge, en cuanto administrador de su patrimonio privativo, y a este efecto, puede disponer de sus frutos y productos (gananciales). ¿Qué ocurrirá, respecto a terceros, cuando el cónyuge dispone de los frutos de su patrimonio en medida superior a la exigida por su administración y con la consecuencia de sustraerlos a su afectación a las cargas y responsabilidades del consorcio? Transcribimos la autorizada respuesta de Lacruz: «De los frutos y productos puede disponer (el cónyuge titular del patrimonio que los produce) —dice el artículo 1.381— a este efecto, es decir, en cuanto sea preciso para la administración de su patrimonio privativo, pero no a efectos distintos, pues los frutos y ganancias forman parte del haber

(72) LACRUZ: *La Reforma...*, cit., págs. 53-54.

de la sociedad; son de ella y no del cónyuge y —en la relación interna— éste no puede servirse de tales fondos en beneficio propio y para sus gastos particulares que no sean, a su vez, carga de la comunidad. Claro que *erga omnes*, es válida la disposición conforme al artículo 1.384, salvo que el tercero sea cómplice en el fraude». Se trata en tal caso de «mera legitimación para disponer frente a los terceros que con él contrataba» (73).

V. El recorrido realizado por el conjunto de las nuevas normas introducidas en el Código civil para la reforma del Derecho de familia permite concluir —sin necesidad de que ahora hayamos de detenernos en resaltarlo— la confirmación para nuestro ordenamiento de la calificación como principio general del criterio de protección del tercero que de buena fe confía en la apariencia. No constituye la adopción de tal criterio una media excepcional; por el contrario, no hay problema «de tercero» que no se resuelva en tal sentido. Al igual que no hay ocasión en que tal problema pueda producirse y que no pida ser resuelto en favor del tercero de buena fe por una clara razón de analogía.

El criterio se formula fundamentalmente en torno a la expresión *tercero de buena fe* (arts. 61, 64, 89, 156, 1.335); ocasionalmente se habla de adquirente de buena fe (arts. 1.320, 1.434), o se alude sólo a la buena fe (arts. 53, 78: del cónyuge respecto a la incompetencia o falta de nombramiento del juez o funcionario que autorice el matrimonio), o al carácter de *tercero* (art. 318). Es que, efectivamente, la *buena fe* y el carácter de *tercero* del sujeto protegido son las notas básicas sobre las que se articula el principio (74). Se aplica éste cuando alguien actúa en el contexto objetivo de una situación en cuya formación él no ha intervenido y cuya realidad no coincide con su apariencia. Hablar en tal caso de *tercero de buena fe* es tanto como destacar el desconocimiento inculpable de una realidad oculta y la confianza justificada y razonable en una apariencia disconforme con la realidad. La protección del tercero se pone en conexión inmediata con su comportamiento de buena fe. En función de ésta se relativizan los elementos objetivamente configuradores de la apariencia jurídica. La reciente reforma del Código civil impone con mayor fuerza tal relativización: la protección del tercero no queda sometida a la rigidez de un determinado *numerus clausus* de situaciones generadoras de apariencias irrealles. La acentuación de la buena fe espiritualiza la protección del tercero. Ello se hace particularmente claro en el artículo 1.320: la protección en la adquisición de derechos sobre un inmueble se produce como consecuencia de una apariencia no conectada con la publicidad inmobiliaria registral; actúa al margen del artículo 34

(73) LACRUZ: *La Reforma...*, cit., pág. 55.

(74) Sin que por ello haya de prescindirse de la —en nuestra opinión, igualmente necesaria— nota de la onerosidad. A ella se refiere, entre los reformados, el art. 1.434. Cfr. sobre este punto y con cierta amplitud, nuestro trabajo *La representación aparente...*, cit., págs. 454-459.

de la L. H. A la inversa: no bastará escudarse en la omisión de la publicidad registral cuando la situación real —publicable y no publicada— es efectivamente conocida o fácilmente cognoscible; lo que, como ya hemos destacado, podrá ocurrir frecuentemente en relación con situaciones —como las familiares— cuya cognoscibilidad al margen del Registro es fácil.

Es de destacar, igualmente, cómo en la protección del tercero que de buena fe confía en la apariencia, la ley prescinde de la culpa del afectado por la medida protectora. Se trata de proteger al tercero de buena fe, no de castigar al creador de la apariencia. En ocasiones, incluso, no es el mismo creador de la apariencia quien inmediatamente ha de padecer los efectos de la protección del tercero. El artículo 1.320 no encaja en la concepción *culpabilista* de la apariencia. El cónyuge que ha de padecer la pérdida de su derecho sobre la vivienda puede ser en todo ajeno a la producción de la apariencia que justifica la protección del adquirente. En cualquier caso, en la reforma la apariencia resultante de la publicidad operada a través del Registro Civil se pone ahora en conexión pura y simplemente con la inscripción: se prescinde de toda consideración relativa a la diligencia o descuido en su solicitud (nuevo art. 61, en comparación con el antiguo 76).

Es igualmente de destacar en relación con la amplitud del principio de protección de terceros de buena fe, el ámbito en que ésta se produce, y con carácter —nos parece— ahora plenamente generalizado. No sin observaciones en contra, se lo aplica sin recortes en la nueva regulación del Derecho de familia. Todo él queda transido por la protección del tercero; ha sido éste uno de los criterios que ha presidido la reforma. Incluso cuando se quería crear una nueva y especial protección a la vivienda y enseres familiares, la protección del tercero interfiere recortando su efectividad. Desde el estado familiar (base de actuaciones patrimoniales) hasta el régimen de los bienes familiares, resultan regulados desde la protección de los terceros. No son las exigencias familiares las que triunfan sobre la protección del tercero, sino que es ésta la que se impone (también) sobre las consideraciones familiares. El Derecho de familia no excepciona la aplicabilidad de la protección de los terceros de buena fe.

Es igualmente índice de la generalización del criterio el modo cómo se le aplica. En efecto, la previsión protectora del tercero puede formularse como salvedad expresa al funcionamiento ordinario de la institución o situación en que interfiere; establecido éste, se añade la previsión favorable al tercero. Es como si el legislador, consciente sólo en un segundo momento de la necesidad de protección de los terceros, incrustara, como complemento externo, dicha protección en el régimen propio de las instituciones. Así ocurre frecuentemente en las normas reformadas. Pero hay un segundo modo de atender a las necesidades de los terceros. La protección de éstos no se lleva ya a cabo mediante la *coletilla* o incrus-

tación de la previsión a su favor. Ahora es la regulación nuclear de la institución o situación interferida la que va a ser objeto de regulación con un criterio no *ad intra*, o derivado de la institución misma y de su propia finalidad, sino *ab extra* o desde el punto de vista externo o de los terceros de buena fe. Tan habitual se hace la consideración favorable a los terceros, que llega a sustanciarse en la regulación básica de las instituciones. Es lo que ocurre, e. c., cuando en atención a criterios externos (el uso social y las circunstancias) se determina el ámbito de ejercicio solidario de la patria potestad (art. 156, 1) o el contenido de la potestad doméstica (art. 1.319) o el campo de actuación individual en la administración y disposición de bienes gananciales (arts. 1.384-1.385). Es evidente que si esto llega a ocurrir es sólo porque la atención a los terceros se ha generalizado. De añadido, por más que frecuente, pasa a ser configurador nuclear de las más distintas instituciones.

Siendo ello así, nada tiene de extraño que allí donde la ley no llega a prever expresamente la protección de los terceros, ésta resulte fácilmente aplicable por analogía. La normalidad de la aplicación del criterio y la semejanza de las situaciones sin norma expresa en tal sentido con otras que sí la contienen, imponen la analogía. Estamos lejos del sólo criterio excepcional, de estricta interpretación, y en plena aplicación de un verdadero y propio principio general. Constante en sus presupuestos (tercero, de buena fe, título oneroso) y resultado (equiparación —inmediata y definitiva— de realidad y apariencia), es múltiple en sus aplicaciones, como distintas pueden ser las apariencias protegibles (notoriedad, publicidad registral, posesión...) y las actuaciones realizadas en la confianza de su adecuación a la realidad (pagos, adquisiciones...). La adquisición *a non domino* es una de sus manifestaciones; no, desde luego, el campo único de su aplicación.

Información Legislativa (*)

A cargo de PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH

I. DERECHO CIVIL

1. Parte General

1. COMUNIDAD VALENCIANA. Se aprueba su Estatuto de Autonomía.

Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio ("B. O. E.", del 10).

A) Exposición.

1. Constitución de la Comunidad Autónoma: El pueblo valenciano, históricamente organizado como Reino de Valencia, se constituye en Comunidad Autónoma dentro de la indisoluble unidad de la nación española, como expresión de su identidad histórica y en ejercicio del derecho de autogobierno que reconoce la Constitución, con la denominación de Comunidad Valenciana (art. 1).

2. Territorio de la Comunidad Autónoma: Comprende el de los municipios integrados en las provincias de Alicante, Castellón y Valencia (artículo 3).

3. Condición política de valencianos: Corresponde, a los efectos del presente Estatuto, a los ciudadanos españoles que tengan o adquieran vecindad administrativa en cualquier municipio de la Comunidad Autónoma (art. 4).

4. Aplicación territorial de las normas valencianas: Las normas y disposiciones de la Comunidad Autónoma Valenciana tendrán eficacia territorial, salvo en cuanto se refiera al estatuto personal u otros casos de extraterritorialidad (art. 8).

5. Organización de la Comunidad: El conjunto de instituciones de autogobierno de la Comunidad constituye la Generalidad Valenciana, integrada por las Cortes, el Presidente, el Gobierno y las demás instituciones que determina el presente Estatuto (art. 9).

(*) Se refiere a las disposiciones publicadas en el "Boletín Oficial del Estado" durante el tercer trimestre de 1982.

6. Relaciones entre el Derecho de la Comunidad y el del Estado: Cuando a la Generalidad Valenciana corresponda el desarrollo de la legislación estatal y ésta no se haya dictado, podrá dictar normas de validez provisional, que quedarán derogadas a la entrada en vigor de las estatales correspondientes.

En materias de competencia exclusiva, el Derecho Valenciano es el aplicable en el territorio con preferencia a cualquier otro; el Derecho estatal será de aplicación supletoria (arts. 26 y 27).

7. Competencias de la Generalidad Valenciana: Ostenta competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

- Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano.
- Normas procesales que se deriven de las particularidades del Derecho sustantivo valenciano,

y demás materias contenidas en los 33 apartados del artículo 31 del Estatuto. En otros casos las competencias son de desarrollo o ejecución de la legislación estatal.

La Generalidad Valenciana asume, además, las facultades y competencias implícitas en las que le atribuye el Estatuto (arts. 28, y 31 a 39).

8. Administración de Justicia: a) Tribunal Superior de Justicia: El Tribunal Superior de Justicia Valenciano es el órgano jurisdiccional en que culmina la organización en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, agotándose ante él las sucesivas instancias procesales. En él se integrará la Audiencia Territorial de Valencia. b) Competencia de los órganos jurisdiccionales: Se extenderá:

- En el orden civil a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y revisión en materias de Derecho civil valenciano.
- En los órdenes penal y social a todas las instancias y grados, excepto los recursos de casación y revisión.
- En el orden contencioso-administrativo a todas las instancias y grados cuando se trate de actos y disposiciones de la Comunidad Autónoma en materias cuya legislación corresponda en exclusiva a la Generalidad, y en primera instancia cuando se trate de actos y disposiciones dictados por la Administración del Estado en la Comunidad Autónoma.
- A las cuestiones de competencia entre órganos judiciales radicados en la Comunidad.
- En las restantes materias se podrá interponer, cuando proceda, ante el Tribunal Supremo, el recurso de casación u otro procedente, o el de revisión (arts. 21 a 23 y 40).

9. Régimen de Notarios y Registradores de la Propiedad: Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles serán nombrados por el Gobierno de la Generalidad, de conformidad con las leyes del Estado (art. 41).

10. Traspaso de bienes del Estado a la Comunidad Autónoma: Será título suficiente para su inscripción registral la certificación de la Co-

misión Mixta correspondiente. El cambio de titularidad en los contratos de arrendamiento de locales para oficinas públicas de los servicios que se transfieran no dará derecho al arrendador para extinguir o novar el contrato (disp. trans. 4.ª).

11. Régimen transitorio sobre Administración de Justicia: Mientras no se constituya el Tribunal Superior de Justicia Valenciano sus competencias serán asumidas por la Audiencia Territorial de Valencia (disposición transitoria 9.ª).

2. ARAGON. Se aprueba su Estatuto de Autonomía.

Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto ("B. O. E.", del 16).

A) Exposición:

1. Constitución de la Comunidad Autónoma: Aragón, como expresión de su unidad e identidad histórica, accede a su autogobierno, de conformidad con la Constitución y el presente Estatuto, que es su norma institucional básica (art. 1).

2. Territorio de la Comunidad: Comprende el de los municipios integrantes de las provincias de Huesca, Teruel y Zaragoza (art. 2).

3. Condición política de aragoneses: Gozan de ella, a los efectos del presente Estatuto, los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las leyes del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Aragón (art. 4).

4. Aplicación del Derecho aragonés: Las disposiciones de la Comunidad Autónoma de Aragón tendrán eficacia territorial, salvo las excepciones que puedan establecerse.

Las normas que integran el Derecho civil de Aragón tendrán eficacia personal y serán de aplicación a todos los que ostenten vecindad civil aragonesa, con excepción de las disposiciones a las que legalmente se atribuya eficacia territorial (art. 9).

En las materias de competencia autonómica exclusiva, el Derecho de Aragón será de aplicación preferente. En defecto de Derecho propio será aplicado, como supletorio, el Derecho general del Estado (art. 42).

5. Organización de la Comunidad Autónoma: Son órganos institucionales de la Comunidad las Cortes de Aragón, el Presidente, la Diputación General y el Justicia de Aragón (art. 11).

6. Elaboración de las leyes aragonesas: Serán promulgadas, en nombre del Rey, por el Presidente, que ordenará su publicación en el "Boletín Oficial de Aragón" y en el "B. O. E.". A efectos de su vigencia, regirá la fecha de publicación en el primero (art. 20).

7. Competencias de la Comunidad Autónoma: Le corresponde, en exclusiva, entre otras competencias, la siguiente:

— La conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés, sin perjuicio de las competencias exclusivas del Estado, así como del procesal civil derivado de las peculiaridades de su Derecho sustantivo (art. 35, p. 1, núm. 4).

En relación con otras materias corresponden a la Comunidad competencias de desarrollo legislativo y ejecución.

8. Administración de Justicia: a) Tribunal Superior de Justicia de Aragón: Es el órgano jurisdiccional en que culmina la organización judicial en su ámbito territorial y ante el que se agotarán las sucesivas instancias procesales. b) Competencia de los órganos jurisdiccionales en Aragón: Se extenderá:

- En el orden civil a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y revisión en materias de Derecho civil foral aragonés.
- En los órdenes penal y social, a todas las instancias y grados, con excepción de los recursos de casación y revisión.
- En el orden contencioso-administrativo a todas las instancias y grados cuando se trate de actos y reglamentos de la Comunidad en materias cuya legislación corresponda en exclusiva a las Cortes aragonesas.
- A las cuestiones de competencia en órganos radicados en Aragón.
- A los recursos gubernativos sobre calificación de documentos referentes al Derecho civil aragonés que deban tener acceso al Registro de la Propiedad.
- En las restantes materias se podrá interponer, cuando proceda, ante el Tribunal Supremo, recurso de casación, o el que corresponda, y de revisión (arts. 28 y 29).

9. Nombramiento de Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles: Se hará por la Comunidad Autónoma. Para la provisión, los candidatos serán admitidos en igualdad de derechos y será mérito preferente la especialización en Derecho aragonés (art. 31).

10. Derechos históricos de Aragón: La aceptación del régimen de autonomía no implica la renuncia del pueblo aragonés a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, los que podrán ser actualizados de acuerdo con la disposición adicional primera de la Constitución (disp. adic. 5.^a).

11. Transferencia de bienes del Estado: Será título suficiente para su inscripción en el Registro de la Propiedad la certificación de la Comisión Mixta de los acuerdos gubernamentales correspondientes. La Comunidad Autónoma se subrogará en la titularidad de las relaciones jurídicas que correspondan a los servicios transferidos o delegados (disp. transit. 7.^a).

3. CASTILLA-LA MANCHA. Se aprueba su Estatuto de Autonomía.

Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto ("B. O. E." del 16).

A) Exposición:

1. Constitución de la Comunidad Autónoma: Las provincias de Albacete, Ciudad Real, Cuenca, Guadalajara y Toledo se constituyen en Comunidad Autónoma, bajo el nombre de Castilla-La Mancha, para acceder a su autogobierno (art. 1).

2. Organización de la Comunidad Autónoma: Los poderes de la región se ejercen a través de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, cuyos órganos son las Cortes, el Presidente y el Consejo de Gobierno (artículo 8).

3. Leyes regionales: Serán promulgadas, en nombre del Rey, por el Presidente y publicadas en el "Diario Oficial" de la región y en el "B. O. E.". A efectos de su entrada en vigor regirá la fecha de publicación en el primero (art. 12).

4. Administración de Justicia en la región: El Tribunal Superior de Justicia tendrá su sede en Albacete y es el órgano jurisdiccional de la Región ante el que se agotarán las sucesivas instancias procesales.

La competencia de los órganos radicados en la región se entenderá:

- En los órdenes civil, penal y social a todas las instancias y grados, salvo los recursos de casación y revisión.
- En el orden contencioso-administrativo a los recursos que corresponda según la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- A las cuestiones de competencia ante órganos de la región.
- En las restantes materias cabrá interponer ante el Tribunal Supremo los recursos de casación y revisión o el que proceda, según las Leyes del Estado (arts. 23 y 24).

5. Nombramiento de Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles: Corresponderá el Consejo de Gobierno, de conformidad con las leyes del Estado (art. 26).

6. Competencias de la Junta de Comunidades: La Junta ejercerá las competencias exclusivas, de desarrollo de la legislación del Estado y ejecutivas que determina el Estatuto (arts. 31 a 40).

7. Transferencia de bienes estatales: Será título suficiente para inscribir el traspaso de bienes inmuebles a la Junta, la certificación expedida por la Comisión Mixta de los acuerdos gubernamentales correspondientes (disp. transit. 5.ª).

4. CANARIAS. Se aprueba su Estatuto de Autonomía.

Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto ("B. O. E." del 16).

A) Exposición:

1. Constitución de la Comunidad Autónoma: Canarias, como expresión de su identidad y para acceder a su autogobierno se constituye en Comunidad Autónoma, en el marco de la unidad de la Nación española (art. 1).

2. Territorio de la Comunidad Autónoma: Comprende los territorios de las Islas de El Hierro, Fuerteventura, Gran Canaria, La Gomera, Lanzarote, La Palma y Tenerife, y de Alegranza, La Graciosa, Lobos, Montaña Clara, Roque del Este y Roque del Oeste (art. 2).

3. Condición política de canarios: A efectos del presente Estatuto, gozan de la misma los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en los municipios de Canarias (art. 4).

4. Organización de la Comunidad Autónoma: Se le atribuyen competencias exclusivas, de desarrollo legislativo y ejecución, en las materias determinadas por el Estatuto (arts. 29 a 38).

6. Administración de Justicia: El Tribunal Superior de Justicia de Canarias es el órgano jurisdiccional que, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponda al Tribunal Supremo, culmina la organización judicial en el territorio canario.

La competencia de los órganos jurisdiccionales de Canarias se extenderá:

- En los órdenes civil, penal y social, a todas las instancias y grados, con excepción de los recursos de casación y revisión.
- En el orden contencioso-administrativo a los recursos que determine la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- En las restantes materias podrán interponerse, ante el Tribunal Supremo, los recursos de casación y revisión, o el que proceda según las leyes del Estado (arts. 23 y 25).

7. Nombramiento de Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles: Se hará por el Gobierno de Canarias de conformidad con las leyes del Estado y en igualdad de derechos, tanto si los aspirantes ejercen dentro como fuera de Canarias (art. 28).

8. Régimen económico-fiscal: Canarias goza de un régimen económico-fiscal especial, basado en la libertad comercial de importación y exportación y en franquicias aduaneras y fiscales sobre el consumo.

5. NAVARRA. Se regula la reintegración y mejoramiento del Régimen Foral.

Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto ("B. O. E." del 16).

A) Exposición.

1. Régimen político de Navarra: Navarra constituye una Comunidad Foral con régimen, autonomía e instituciones propias, indivisible, integrada en la Nación española y solidaria con todos sus pueblos.

Los derechos originarios e históricos de la Comunidad Foral serán respetados y amparados por los poderes públicos con arreglo a la Ley de 25 de octubre 1839, a la Ley Paccionada de 16 agosto 1841, a la presente Ley Orgánica y a la Constitución.

El mejoramiento del Régimen Foral persigue integrar todas las facultades y competencias compatibles con la unidad constitucional, ordenar democráticamente sus instituciones y garantizar todas las facultades y competencias propias (arts. 1 a 3).

2. Territorio de la Comunidad Foral: Está integrada por el de los municipios comprendidos en sus Merindades históricas de Pamplona, Estella, Tudela, Sangüesa y Olite, en el momento de promulgarse esta Ley (art. 4).

3. Condición de navarros: La condición política de navarros, a efectos de esta Ley, corresponderá a los españoles que, de acuerdo con las leyes

del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Navarra.

La adquisición, conservación, pérdida y recuperación de la condición civil foral de navarro se regirá por lo establecido en la Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra (art. 5).

4. Instituciones forales de Navarra: Son el Parlamento o Cortes de Navarra, el Gobierno o Diputación Foral y el Presidente del Gobierno o Diputación Foral (art. 10).

5. Requisitos de las leyes forales: Serán promulgadas en nombre del Rey por el Presidente de la Diputación Foral, quien dispondrá su publicación en el "Boletín Oficial de Navarra" y en el "B. O. E.". A efectos de su entrada en vigor regirá la fecha de su publicación en el primero (art. 22).

6. Competencias de Navarra: Corresponden a Navarra todas las facultades y competencias que actualmente ejerce al amparo de la Ley Paccionada de 16 agosto 1841, las que se le confieren por la presente Ley Orgánica, las que el Estado, con carácter general, atribuya, transfiera o delegue a las Comunidades Autónomas o Provincias y las que especialmente atribuya el Estado a Navarra.

En las materias de competencia exclusiva de la Comunidad Foral el Derecho navarro será aplicable con preferencia a cualquier otro. En defecto de Derecho propio se aplicará supletoriamente el Derecho del Estado. Navarra ejercerá las competencias exclusivas de desarrollo legislativo y ejecutivas que determina la presente Ley Orgánica.

Las competencias de Navarra se entienden referidas a su propio territorio, sin perjuicio de la eficacia personal que puedan tener sus normas, en los casos en que corresponda (arts. 39 a 58).

7. Régimen de Derecho Civil Foral de Navarra: Navarra tiene competencia exclusiva en materia de Derecho Civil Foral.

La conservación, modificación y desarrollo de la vigente Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra se llevará a cabo, en su caso, mediante ley foral (art. 48).

8. Régimen de Notarios y Registradores de la Propiedad: Su nombramiento corresponderá a la Diputación Foral y se hará de conformidad con las leyes del Estado, valorándose específicamente el conocimiento del Derecho Foral de Navarra (art. 52).

9. Administración de Justicia: a) Tribunal Superior de Justicia: Se establecerá en Navarra un Tribunal Superior de Justicia, en el que se integrará la Audiencia Territorial de Pamplona, que culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Foral; ante él se agotarán las sucesivas instancias procesales, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo (art. 59). b) Competencia de los órganos jurisdiccionales radicados en Navarra: Se extenderá:

— En el orden civil, a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y revisión en las materias de Derecho Civil Foral de Navarra.

- En los órdenes penal y laboral, a todas las instancias y grados, salvo los recursos de casación y revisión.
- En el orden contencioso-administrativo a todas las instancias y grados cuando se trate de actos de la Administración Foral. Si se trata de actos dictados por órganos de la Administración del Estado en Navarra, se estará a lo dispuesto en la Ley reguladora de esta Jurisdicción.
- A las cuestiones de competencia entre órganos judiciales del territorio.
- A los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho Civil Foral que deban acceder al Registro de la Propiedad.
- En las restantes materias podrán interponerse ante el Tribunal Supremo los recursos procedentes según las leyes del Estado (artículo 61).

10. Contenido del régimen foral: La aceptación del régimen establecido en la presente Ley Orgánica no implica renuncia a cualesquiera otros derechos originarios e históricos que pudieran corresponder a Navarra, cuya incorporación al ordenamiento jurídico se llevará a cabo, en su caso, mediante la reforma del Amejoramiento (disp. adic. 1.^a).

11. Transferencia de bienes o derechos estatales a Navarra: Estará exenta de toda clase de gravámenes fiscales.

El cambio de titularidad en los contratos de arrendamiento de locales para oficinas públicas, correspondientes a los servicios transferidos, nos dará derecho al arrendador para extinguir o novar el contrato (disp. transit. 4.^a).

12. Continuación de la vigencia de las antiguas Leyes: La Ley de 25 de octubre de 1839, la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841 y sus disposiciones complementarias continuarán en vigor, en cuanto no se opongan a lo establecido en la presente Ley Orgánica (disp. final).

B) Observaciones.

1. Las disposiciones anteriormente reseñadas pueden ser objeto de un comentario conjunto, dado que responden a un mismo esquema y su finalidad es coincidente. No debe olvidarse que el Amejoramiento del régimen foral navarro debe considerarse enmarcado entre los Estatutos de Autonomía, aunque no lo exprese, por indicación de la propia Constitución (v. disp. adic. 1.^a).

2. El tratamiento de la Administración de Justicia es el aspecto más criticable de las disposiciones aludidas, en las que se observan direcciones distintas, correspondientes a las reflejadas en otros Estatutos.

Es bastante común abordar esta materia al tratar de facultades o competencias de los órganos regionales; así se hace en los Estatutos valenciano, aragonés y canario y en el Amejoramiento navarro, olvidando que los órganos jurisdiccionales no forman parte de la Comunidad Autónoma o Foral correspondiente, sino que son órganos del Estado radicados en la región.

Más correcto es el sistema empleado en el Estatuto de Castilla-La Mancha, en el cual la Administración de Justicia se regula con total separación de los órganos regionales y de sus competencias.

También vuelven a plantear estos Estatutos un tema conocido, la alusión a las "restantes materias", distintas a las civiles, sociales, penales, contencioso-administrativas, procesales y registrales, cuando regulan la competencia de los órganos judiciales en el territorio regional (así, el Estatuto de Castilla-La Mancha y el Amejoramiento navarro). La fórmula residual empleada parece claramente superflua, por carecer de contenido.

3. Finalmente debe destacarse la resurrección del Derecho civil valenciano que pretende operar el Estatuto de Autonomía. Con esta referencia al Derecho civil particular parece pretenderse rescatar el antiguo Derecho foral que perdió Valencia a principios del siglo XVIII, sin limitarse a ser una referencia al Derecho consuetudinario de la región.

Ante esta situación es manifiesta la inconstitucionalidad en que incurre el Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana, pues la Constitución sólo permite que las Comunidades Autónomas reciban competencia para elaborar legislación civil cuando en su territorio existiese Derecho foral en el momento de promulgarse la norma fundamental ("allí donde existan", dice el artículo 149, p. 1, núm. 8). Por consiguiente, Valencia, cuyo Derecho foral desapareció hace más de dos siglos, no podrá lograr reimplantar un Derecho civil particular a través del régimen de Autonomía.

En especial es aquí inaplicable, para los fines pretendidos, lo establecido en la disposición adicional primera de la Constitución, pues, además de que la referencia a los derechos históricos y al régimen foral se debe entender en sus aspectos políticos, la propia disposición limita la actualización general de dicho régimen foral a lo que sea posible con la utilización de los Estatutos de Autonomía y la Constitución ("en su caso", dice) y ésta deja fuera expresamente la legislación civil.

6. CANARIAS Y COMUNIDAD VALENCIANA. Transferencia de competencias de titularidad estatal.

Leyes Orgánicas 11/1982 y 12/1982, de 10 de agosto ("B. O. E.", del 16).

Por ambas leyes se transfieren a las respectivas Comunidades Autónomas las facultades sobre materias de titularidad estatal que indican y que se encontraban contenidas en sus Estatutos de Autonomía. Con ello se trata de evitar la posible inconstitucionalidad de los Estatutos por rebasar el ámbito estricto de las competencias susceptibles de ser encomendadas a las Comunidades.

Estas leyes se dictan conforme a lo establecido por el artículo 150, p. 1 de la Constitución y regulan el tipo de control que puede ejercer el Estado en relación con el ejercicio de las competencias transferidas por parte de las Comunidades.

7. **COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID.** Se autoriza su constitución.

Ley Orgánica 6/1982, de 7 de julio ("B. O. E." del 21).

De acuerdo con el artículo 144, letra a), de la Constitución se autoriza a la provincia de Madrid, por razones de interés nacional, para constituirse en Comunidad Autónoma.

8. **ASOCIACIONES.** Se regulan las Agrupaciones deportivas.

Real Decreto 1.697/1982, de 18 de junio ("B. O. E." de 28 de julio).

A) Exposición.

1. Normas aplicables a las Agrupaciones deportivas: Las Agrupaciones deportivas se regirán por las disposiciones de la Ley 13/1980, de 31 de marzo, General de la Cultura Física y del Deporte, por el presente Real Decreto, por sus Estatutos y Reglamento y por los acuerdos de sus Asambleas generales y demás órganos de gobierno. Cuando participen en competiciones oficiales se les aplicarán las disposiciones de las Federaciones a que se afilien. Las Agrupaciones universitarias y escolares se ajustarán a las normas de las autoridades académicas, además de las anteriores (art. 1).

2. Constitución de Agrupaciones deportivas: Exigirá el otorgamiento de acta fundacional, suscrita, al menos, por cinco personas, en la que se excluya el ánimo de lucro y se exprese, claro está, la voluntad de los partícipes de asociarse.

También será preciso la aprobación por el Consejo Superior de Deportes del proyecto de Estatutos y la inscripción en el Registro especial.

Podrán constituir Agrupaciones las personas físicas relacionadas, entre sí, por vínculos profesionales o sociales. Las Entidades y Organismos públicos fomentadas, en su ámbito respectivo, la creación de Agrupaciones deportivas.

Las Agrupaciones podrán contar con una Sección para cada deporte que practiquen (arts. 2 a 4).

3. Registro de Agrupaciones deportivas: Se inscribirán en el Registro de Asociaciones y Federaciones Deportivas: la constitución, modificación y disolución de Agrupaciones, las declaraciones de Instituciones privadas de carácter cultural y las declaraciones de utilidad pública.

Las Agrupaciones deberán instar su inscripción en el Registro dentro del plazo de quince días desde la fecha del acta fundacional. El Consejo Superior de Deportes resolverá sobre el reconocimiento e inscripción de las Agrupaciones en el plazo de seis meses, cuyo transcurso produce efectos de silencio positivo. Las resoluciones denegatorias, que deberán ser motivadas, sólo podrán fundarse en que los fines de las Agrupaciones no sean los propios de ellas, según la Ley, o en el incumplimiento de los requisitos legales o reglamentarios.

Las resoluciones del Consejo Superior de Deportes pondrán fin a la vía administrativa, pudiendo ser impugnadas ante la Jurisdicción contencioso-administrativa (arts. 5 a 10).

4. Régimen de las Agrupaciones: Los Estatutos de las Agrupaciones Deportivas deberán regular los aspectos determinados por el Real Decreto, referentes tanto a las Agrupaciones en sí, su organización, funcionamiento y patrimonio, como a los asociados.

Los asociados ostentarán los derechos que reglamentariamente les corresponden con plena aplicación del principio de igualdad.

Las Agrupaciones deberán estar dotadas de un Libro Registro de Socios, libros de actas, libros de contabilidad y formalizar los correspondientes balances y cuentas.

De los actos colectivos de sus miembros, realizados con ocasión de actos organizados por ellas, responderán las Agrupaciones Deportivas (arts. 11, 12 y 15 a 18).

5. Organización: Las Agrupaciones Deportivas contarán con un órgano supremo de gobierno, la Asamblea General, integrada por todos los asociados con derecho a voto y con los representantes de los demás; existirá, también, una Junta Directiva al frente de la cual habrá un Presidente (arts. 13 y 14).

6. Unión de Agrupaciones: Mediante el otorgamiento de acta fundacional, aprobación de los Estatutos por el Consejo Superior de Deportes e inscripción en el Registro, podrán constituirse Organizaciones de ámbito territorial o nacional que reúnan a las Agrupaciones. La Organización Nacional del Deporte Universitario estará sometida al régimen especial contenido en este Real Decreto (arts. 19 a 24).

7. Régimen económico-financiero: Las Agrupaciones Deportivas tendrán presupuesto y patrimonios propios. Todos sus ingresos deberán aplicarse al logro de sus fines sociales.

Podrán disponer de sus bienes inmuebles, tomar dinero a préstamo y emitir títulos transmisibles representativos de deuda o parte alícuota patrimonial, cumpliendo los requisitos que se establecen y en ocasiones la aprobación del Consejo Superior de Deportes.

Los títulos de deuda o parte alícuota patrimonial serán nominativos y suscritos por los socios, pudiendo transferirse de acuerdo con los requisitos y condiciones que establezca la Asamblea General arts. 25 a 29.

8. Declaración de instituciones privadas de carácter cultural o de utilidad pública: Las Agrupaciones podrán ser declaradas instituciones privadas de carácter cultural por el Consejo de Ministros. Las Agrupaciones así declaradas se considerarán entidades sin fin de lucro a efectos del Impuesto sobre Sociedades.

También podrán ser declaradas de utilidad pública, por el propio Consejo de Ministros cuando cumplan los requisitos que, sobre su funcionamiento, número de socios y cuotas que abonen, señala el Real Decreto, el cual establece, además, los beneficios que ello acarrea.

B) Observaciones

Las Agrupaciones Deportivas fueron definidas por la Ley General de la Cultura Física y del Deporte (Ley 13/1980, de 31 de marzo) como: "Asociaciones privadas, constituidas por personas relacionadas por espe-

ciales vínculos de carácter profesional o social, para desarrollar actividades físico-deportivas, no limitadas a un solo ámbito, modalidad o disciplina y para promocionar el deporte para todos" (art. 13), cuyas prescripciones se desarrollan por el presente Real Decreto.

9. CODIGO CIVIL. Modificación de los artículos 17 a 26, relativos a la nacionalidad.

Ley 51/1982, de 13 de julio ("B. O. E." del 30).

A) Exposición.

1. Adquisición de la nacionalidad española: Se regulan las siguientes formas de adquisición:

a) Originaria: Corresponde a los hijos de padre o madre españoles; los nacidos en España de padres extranjeros si uno de éstos nació también en España; los nacidos en España de padres apátridas o cuando la legislación de los padres no les atribuyen una nacionalidad; los nacidos en España de filiación desconocida y los menores hallados en España cuyo nacimiento y filiación sean desconocidos (art. 17).

b) Adquirida: Puede obtenerse la nacionalidad española por los siguientes cauces:

- Adopción: Cuando el extranjero menor de dieciocho años sea adoptado en forma plena si cualquiera de los adoptantes es español. Si alguno de los adoptantes era español al tiempo del nacimiento del adoptado, éste será considerado español de origen (art. 18).
- Opción: Los extranjeros que queden sujetos a la patria potestad o tutela podrán optar por la nacionalidad española. La declaración de opción podrán hacerla una vez cumplidos los catorce años, asistidos por su representante legal, o bien dentro de los dos años siguientes a su emancipación. Tal declaración deberá hacerse ante los encargados del Registro Civil, siendo preciso, además, la renuncia a la nacionalidad anterior, el juramento de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes y la inscripción como español en el Registro Civil (arts. 19 y 20).
- Carta de naturaleza: Otorgable discrecionalmente, por Real Decreto cuando concurren circunstancias excepcionales en el interesado. Deberán cumplirse los requisitos señalados anteriormente para la adquisición en virtud de opción (art. 21).
- Residencia: La nacionalidad se concederá por el Ministro de Justicia, que podrá denegarla por motivos de orden público o interés nacional.

El tiempo de residencia exigido es, en general, de diez años, pero sólo será precisos dos años para nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal y para sefardíes. Bastará la residencia de un año para los nacidos en territorio español, los nacidos fuera de España de padre o madre originariamente españoles, los que no hayan ejercitado la op-

ción y los casados con españoles, aunque el matrimonio se hubiese disuelto.

El régimen procedimental coincide con el señalado anteriormente para otras modalidades de adquisición (art. 22).

2. Pérdida de la nacionalidad española: a) En general: Se requiere que el interesado esté emancipado, resida fuera de España durante tres años y adquiera voluntariamente otra nacionalidad. b) Limitaciones: No se perderá la nacionalidad española cuando concurren las circunstancias siguientes:

- Adquisición de la nacionalidad extranjera por razón de emigración.
- Posesión desde la menor edad de las nacionalidades extranjera y española, a no ser que se renuncie a ésta.
- Que España se encuentre en guerra.
- Adquisición de nacionalidad de los países antes indicados o de los que concierten tratados de doble nacionalidad con España.
- Sumisión a la patria potestad de un extranjero o pérdida de la nacionalidad española de los padres. c) Causas de pérdida de la nacionalidad por los españoles que no lo sean de origen:
 - Sentencia firme que así lo declare o lo impongan como pena.
 - Prestación del servicio de armas o ejercicio de cargo público en Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno (artículos 23 a 25).

3. Recuperación de la nacionalidad española: Para recuperar la nacionalidad española perdida será necesario cumplir los siguientes requisitos:

- Residencia en España durante un año, anterior a la petición.
- Declaración ante el encargado del Registro Civil.
- Renuncia a la nacionalidad extranjera.
- Inscripción en el Registro Civil.

El requisito de residencia podrá dispensarse por el Ministro de Justicia.

Se requerirá la habilitación del Gobierno para recuperar la nacionalidad cuando la pérdida de la nacionalidad española se produjo teniendo el interesado más de catorce años sin haber cumplido el servicio militar o la prestación social sustitutoria y en los casos de pérdida de la nacionalidad por españoles no originarios (art. 26).

Los emigrantes que antes de esta Ley perdieron la nacionalidad española podrán recuperarla con sólo declarar su voluntad en este sentido e inscribir la recuperación en el Registro Civil (disp. trans.).

B) Observaciones.

Las directrices básicas de la reforma del régimen de la nacionalidad cuya redacción anterior procede de la Ley de 15 de julio 1954, retocada por la de 2 de mayo de 1975, son las siguientes:

- 1.º Reducción de los supuestos de adquisición en virtud de opción.
- 2.º Correlativa ampliación de los casos de adquisición por residencia.
- 3.º Regulación completa y sistemática de la pérdida y recuperación de la nacionalidad española.
- 4.º Atención especial a las consecuencias, en esta materia, de la emigración.

En general, la reforma se hace con técnica jurídica correcta, siendo destacable la adecuada sistematización y la calificación exacta de las instituciones (así, se distinguen claramente los supuestos de adquisición por carta de naturaleza y por residencia; se afirma expresamente que incluso en la adquisición por residencia hay concesión de la nacionalidad; se habla de facultad de optar...). Por último, debe señalarse la conexión del contenido de esta Ley con la Constitución, que regula algún aspecto de la nacionalidad (art. 11) y declara, sin salvedad alguna, que esta materia no puede encomendarse a las Comunidades Autónomas (art. 149, p. 1, núm. 2).

2. Derecho de obligaciones

10. CONTRATOS DE ADHESION. Se aprueba el Reglamento de Servicio de la Compañía Telefónica Nacional de España.

Resolución de la Delegación del Gobierno de 9 de julio de 1982. ("Boletín Oficial del Estado" del 29).

Este Reglamento de Servicio regula las relaciones entre la Compañía y los abonados al servicio telefónico. Los temas abordados a lo largo de los 34 artículos de que consta son los siguientes: Objeto, Contrato de abono, Instalaciones de abonado, Averías, Facturación y pago de las cuotas y tarifas, tarificación del servicio telefónico y controles de facturación, Reclamaciones, Suspensión del servicio, Guías telefónicas, Garantía de pago, Información al abonado, Secreto de las comunicaciones telefónicas, Extinción del contrato de abono y Domicilio para notificaciones.

Merecen destacarse algunos aspectos:

- La regulación del contrato de abono, que se refiere expresamente a su carácter personal, a la sucesión en el contrato y a los casos de subrogación.
- El régimen de las reclamaciones a la Compañía, para cuya formulación se fija un plazo de dos meses, desde el momento en que el abonado pudo tener conocimiento del hecho que las motive.
- Las garantías en favor de la Compañía, que se concretan en la posibilidad de suspender el servicio en caso de falta de pago y la exigencia de un depósito en efectivo.

3. Derechos reales

11. PATRIMONIO DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA. Se aprueba su Ley reguladora.

Ley de la Generalidad 11/1981, de 7 de diciembre ("B. O. E." de 18 enero 1982).

A) Exposición:

1. El Patrimonio de la Generalidad de Cataluña.

a) Contenido: Está constituido por todos los bienes y derechos que le pertenecen por cualquier título.

b) Clasificación de los bienes: Se distinguen los bienes de dominio público o demaniales y los de dominio privado o patrimoniales.

Bienes de dominio público de la Generalidad son los afectos al uso general o a servicios públicos de la Generalidad y los que la Ley declare. También lo serán los edificios donde se alojen los órganos estatutarios de la Generalidad.

Bienes patrimoniales de la Generalidad son, en general, aquéllos cuya titularidad le corresponda y no sean de dominio público.

c) Normas reguladoras: Se rigen por la presente Ley, los reglamentos que la apliquen o desarrollen y las normas de Derecho privado, civil o mercantil, y el Derecho público (arts. 1 a 6).

2. Cambios en la calificación de los bienes.

a) Desafectación de bienes demaniales: Exigirá acuerdo del Parlamento de Cataluña, salvo cuando sea consecuencia del deslinde de dominio público. Si los bienes afectados fueron transferidos por el Estado a la Generalidad, su desafectación se ajustará a lo establecido por las leyes.

b) Afectación de bienes patrimoniales: La condición demanial se adquirirá por tales bienes tanto por afectación expresa (del Gobierno o del Parlamento), como tácita o implícita.

Los bienes expropiados por la Generalidad se entienden afecto a los fines que motivaron la expropiación (arts. 7 a 9).

3. Adquisición de los bienes.

a) Modos de adquisición: La Generalidad tiene capacidad para adquirir bienes por cualquiera de los medios establecidos por las leyes.

b) Adquisiciones gratuitas: Será preciso decreto del Consejo Ejecutivo. La aceptación de herencias se hará siempre a beneficio de inventario.

c) Adquisiciones onerosas: Exigirán el cumplimiento de las reglas sobre publicidad y concurrencia propias de la contratación administrativa, salvo cuando, por las circunstancias del caso, proceda la adquisición directa. Se dan reglas especiales para el arrendamiento de inmuebles y la adquisición de títulos representativos del capital de empresas (artículos 10 a 15).

4. Enajenación de bienes.

a) Bienes de dominio público: Son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

b) Bienes patrimoniales: El sistema normal es proceder a su subasta pública, previa aprobación del órgano competente según el valor de los bienes.

Reglas especiales se establecen para los títulos representativos del capital de empresas, las cesiones gratuitas, cesiones a corporaciones locales y a entidades autónomas.

c) Otras reglas: El gravamen de bienes patrimoniales deberá hacerse con los mismos requisitos exigidos para su enajenación. Para transigir o someter a arbitraje derechos patrimoniales será preciso acuerdo del Gobierno (arts. 16 a 24).

5. Uso y aprovechamiento de los bienes.

a) Dominio público: Requerirá el otorgamiento de licencia, si concurren circunstancias especiales, de permiso de ocupación temporal, si supone exclusividad de uso pero sin la realización de obras permanentes, y de concesión, si implica estas últimas. La concesión supondrá la obligación de abonar un canon y llevará implícita la facultad administrativa de resolución.

Los bienes de servicio público deberán utilizarse de conformidad con las reglas especiales del mismo.

b) Bienes patrimoniales: Deberán explotarse según su mayor rentabilidad (arts. 25 a 30).

6. Protección y defensa.

a) Facultades: La Generalidad tiene la facultad de deslindar y recuperar de oficio sus bienes; la recuperación de bienes patrimoniales sólo será posible, en vía administrativa, si no ha transcurrido un año desde la usurpación.

b) Medios de protección: Se llevará un Inventario General del Patrimonio de la Generalidad. La inscripción de los bienes y derechos en el Registro de la Propiedad se regirá por las normas establecidas para los bienes del Estado.

c) Responsabilidades: La Ley establece las obligaciones de custodia, conservación y explotación racional de los bienes y regula la responsabilidad administrativa en que incurrir quienes causen daños en el dominio público de la Generalidad (arts. 31 a 38).

B) Observaciones.

La reseña de esta Ley se ha hecho una vez resuelto el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra ella por el Presidente del Gobierno. La Sentencia del Tribunal Constitucional, de 27 de julio de 1982, estima parcialmente el recurso, declarando inconstitucional y, por tanto nulo, el artículo 11 de la Ley, relativo a la titularidad de los llamados bienes mostrencos.

Desde el punto de vista técnico, la Ley resulta totalmente correcta e incluso más completa que la vigente Ley reguladora del Patrimonio del Estado, de 15 de abril de 1964, sobre todo por el conjunto de normas referentes al dominio público y su utilización, que carecen de equivalente en relación con los bienes estatales. Obviamente este tema, el régimen de los bienes demaniales debe ser objeto de normación por el Estado para desarrollar, sobre todo, lo previsto en el artículo 132, p. 1, de la Constitución.

III.—DERECHO MERCANTIL

12. AGENTES MEDIADORES. Se regula la participación de los Agentes Mediadores Colegiados en Sociedades profesionales.

Real Decreto 1.455/1982, de 28 de mayo ("B. O. E." de 2 de julio).

A) Exposición.

1. Autorización: Los Agentes Mediadores Colegiados podrán constituir entre sí sociedades que les sirvan para el desarrollo de la organización necesaria a su actividad profesional, así como intervenir en la gestión de las mismas.

2. Requisitos: Las Sociedades en cuestión deberán revestir la forma de Sociedades Anónimas, con capital íntegramente desembolsado y representado por acciones nominativas. Su objeto social exclusivo será la realización de las actividades propias de la mediación mercantil y de los servicios complementarios o accesorios, siempre por cuenta de terceros, que no impliquen aval o garantía.

La participación de los Agentes en las Sociedades deberá ser autorizada por las Juntas Sindicales de las Bolsas de Comercio y el Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, según los casos.

Las Sociedades deberán ser inscritas en el Registro Especial que se llevará en la Dirección General de Política Financiera.

3. Compatibilidad con la actuación individual de los Agentes: Los Agentes Mediadores Colegiados podrán desarrollar sus funciones, con independencia de lo establecido anteriormente, siempre actuando por cuenta de terceros y sin que implique la prestación de aseguramiento, aval o garantía (disp. adic. 1.ª).

4. Exclusividad del régimen regulado: Salvo lo dispuesto en el presente Real Decreto, los Agentes no podrán figurar como Consejero, Director, Gerente, Administrador u otro cargo análogo en Compañías mercantiles anónimas y en Instituciones de ahorro y previsión con domicilio, sucursales u oficinas en el territorio jurisdiccional del respectivo Colegio, ni pertenecer a Sociedades no anónimas que operen en dicho territorio, excepto con la condición de socios comanditarios (disp. adic. 3.ª).

B) Observaciones.

La presente disposición persigue potenciar la actividad profesional de los Agentes Mediadores, al permitirles el acceso a los medios financieros y formas de gestión societarios. La misma idea de flexibilización del sistema se encuentra en la previsión de que el Gobierno autorice la integración en estas Sociedades de quienes no sean Agentes Mediadores Colegiados.

No obstante el fundamento legal del nuevo régimen que se establece es muy dudoso. En efecto, el artículo 14 del Código de Comercio prohíbe obtener cargo ni intervención directa en sociedades mercantiles, dentro de los límites territoriales en que desempeñen sus funciones, a los Agentes de Cambio y Corredores de Comercio (núm. 4) y esta prohibición es contradictoria con todo lo dispuesto por el Real Decreto reseñado. Resulta así la existencia de una total discrepancia entre ambas normas (Código de Comercio y Real Decreto) que debe ser resuelta en favor de la de rango superior, es decir, el Código de Comercio, que no puede ser modificado ni inaplicado por una norma de rango meramente reglamentario.

Las disposiciones del Real Decreto se referencia han sido desarrolladas por la Orden de 31 de julio de 1982 ("B. O. E." de 18 de septiembre), que concreta los requisitos exigibles a las Sociedades que se constituyan y el procedimiento registral que les corresponde.

13. CODIGO DE COMERCIO. Se modifica su artículo 36.

Ley 26/1982, de 30 de junio ("B. O. E." de 10 de julio).

A) Exposición:

1. Contenido de la reforma.

El artículo 36 del Código de Comercio quedará redactado de la siguiente forma:

"Los comerciantes presentarán los libros que obligatoriamente deben llevar, encuadernados y foliados, a los órganos de la Justicia Municipal del lugar donde tuvieron su establecimiento mercantil, para que antes de su utilización pongan en el primer folio de cada uno diligencia firmada de los que tuviere el libro. Se estampará, además, en todas las hojas de cada libro el sello del Juzgado que lo autorice.

Será válida, sin embargo, la realización de asientos y anotaciones por cualquier procedimiento idóneo sobre hojas que después habrán de ser encuadernadas correlativamente para formar los libros obligatorios, los cuales serán legalizados antes de que transcurran los cuatro meses siguientes a la fecha del cierre del ejercicio o, en el caso del libro de inventarios y balances, de que transcurra igual plazo a partir de cada una de las transcripciones que ordena el artículo 37.

El comerciante podrá solicitar que estas legalizaciones realizadas por los órganos de la Justicia Municipal tengan lugar en su propio estableci-

miento. La formación de libros y la legalización a que se refieren los párrafos anteriores se efectuará en la forma y con las garantías que reglamentariamente se determinen, siendo preceptiva en todo caso la numeración sucesiva de los libros”.

2. Entrada en vigor. Esta Ley se aplicará a los ejercicios iniciados a partir del día 1 de enero de 1982.

B) Observaciones.

Como puede comprobarse con el cotejo de la nueva redacción y el texto del artículo redactado por la Ley de 21 de julio de 1973, la modificación introducida es mínima, pues sólo afecta al plazo para hacer las legalizaciones correspondientes en el libro de inventarios y balances. Plazo que anteriormente era de un mes y actualmente se amplía a cuatro meses. Obviamente la razón de la reforma es facilitar la práctica de las operaciones a que se refiere el artículo.

14. MERCADO HIPOTECARIO. Se regulan las Sociedades Gestoras de los Fondos de Regulación del Mercado Hipotecario.

Orden de 5 de julio de 1982 (“B. O. E.”, del 10).

Se permite a las Sociedades Gestoras de Fondos de Inversión Mobiliaria gestionar los fondos de regulación del mercado hipotecario a que se refiere el Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo (reseñado en ADC XXXV-III, núm. 9 de la Información Legislativa), siempre que cumplan los requisitos correspondientes y obtengan la pertinente aprobación administrativa para la modificación de sus Estatutos.

15. SOCIEDADES DE GARANTIA RECÍPROCA. Se establecen los requisitos de las Sociedades de Reafianzamiento y el régimen de las operaciones de reafianzamiento de Sociedades de Garantía Recíproca.

Real Decreto 1.695/1982, de 18 de junio (“B. O. E.” de 28 de julio).

A) Exposición:

1. Las Sociedades de Reafianzamiento:

a) Concepto: Son aquellas entidades mercantiles, con forma de Sociedad Anónima, que tienen por objeto prestar a las Sociedades de Garantía Recíproca fianzas, avales u otras garantías solidarias que permitan garantizar una parte de sus riesgos (art. 1).

b) Requisitos: Estas Sociedades deberán ser autorizadas por el Ministerio de Economía y Comercio y cumplir los límites establecidos por la presente disposición respecto a su capital social, participación de Sociedades de Garantía Recíproca y de entes públicos (art. 2).

c) Operaciones: Las Sociedades podrán suscribir riesgos de las Sociedades de Garantía Recíproca en la forma que establezcan y colocarlos en el sistema financiero, asegurador o reasegurador.

El capital y reservas patrimoniales de las Sociedades deberán invertirse en la forma y respetando los porcentajes que se establecen.

El Ministerio de Economía y Comercio queda dotado de amplias facultades para el control e inspección de las Sociedades de Reafianzamiento (arts. 3 a 5 y 9).

2. Régimen de las operaciones de reafianzamiento de las Sociedades de Garantía Recíproca.

a) Autorización: Las Sociedades de Garantía Recíproca que cumplan los requisitos que siguen, podrán prestar a otras Sociedades del mismo tipo fianzas, avales u otras garantías solidarias que garanticen una parte de los riesgos asumidos en determinadas operaciones (art. 6).

b) Requisitos: La Sociedad reafianzadora deberá superar unos límites mínimos de capital y número de socios y contener, en sus Estatutos, un límite superior para los avales a conceder a una sola persona o grupo (art. 7).

c) Relaciones con terceros: Las relaciones derivadas de los contratos de reafianzamiento afectarán sólo a las Sociedades de Reafianzamiento y a las de Garantía Recíproca intervinientes, sin derivar derecho alguno en favor de terceros, aunque sean acreedores de la operación principal, que sólo podrán dirigirse contra la Sociedad de Garantía Recíproca que concedió el aval o a su socio partícipe (art. 8).

B) Observaciones.

La regulación de estas operaciones se hace trasladando criterios elaborados por la doctrina del reaseguro y tiene por finalidad potenciar la actuación de las Sociedades de Garantía Recíproca y reforzar su sistema de garantías.

16. MERCADO HIPOTECARIO. Se establecen las condiciones de valoración de los bienes admitidos en garantía.

Orden de 14 de junio de 1982 ("B. O. E." del 28 de julio).

Las normas que se dictan serán de aplicación obligada a la tasación de los bienes que se constituyan en garantía hipotecaria de los préstamos que formen parte de la cartera de cobertura de cédulas y bonos hipotecarios emitidos por las Entidades financieras emisoras. También serán aplicadas para la tasación de los bienes que garanticen las emisiones de títulos de renta fija con garantía hipotecaria que realicen los promotores, constructores y Sociedades de arrendamiento financiero.

Esta Orden desarrolla la previsión contenida en el artículo 37, p. 4, del Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo (reseñado en ADC XXXV-III, núm. 9 de la Información Legislativa).

17. SEGUROS. Se regula la intervención administrativa de las Entidades Aseguradoras.

Orden de 2 de septiembre de 1982 ("B. O. E." del 10).

Esta disposición desarrolla el régimen de intervención previsto en la Ley de Ordenación de los Seguros Privados, de 16 de diciembre de 1954 y en su Reglamento de 2 febrero 1912.

De forma sistemática se determinan los supuestos de intervención, las condiciones y actuaciones de los Interventores, así como la posición de la Entidad intervenida y de sus acreedores.

IV. DERECHO PROCESAL

18. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Tramitación de los recursos previos de inconstitucionalidad.

Acuerdo del Tribunal Constitucional de 14 julio 1982 ("B. O. E." del 19).

Ante la oscuridad de lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 3 de octubre de 1979, éste procede a doctar una serie de normas que ilustran sobre el régimen de los recursos previos de inconstitucionalidad.

A pesar de la evidente oportunidad del proceder del Tribunal, el apoyo legal de esta verdadera disposición es endeble, pues se funda en el artículo 2, p. 2 de la Ley Orgánica antes citada, que sólo ampara a los reglamentos del Tribunal sobre su propio funcionamiento y organización. Evidentemente, los temas regulados por el Acuerdo exceden del ámbito interno señalado anteriormente (los arts. 1 y 2 se refieren a los requisitos para la interposición del recurso).

19. PROCURADORES. Se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de lo Tribunales de España.

Real Decreto 2.406/1982, de 30 de julio ("B. O. E." del 27 de agosto).

A) Exposición.

1. Disposiciones generales: La procuraduría es una profesión liberal e independiente que podrán ejercer quienes se incorporen a un Colegio de Procuradores.

Son Procuradores quienes pueden encargarse, mediante apoderamiento, de representar los derechos e intereses de su poderdante ante los Tribunales de Justicia.

La comparecencia ante los órganos judiciales se efectuará por medio de Procurador en los casos y forma que determinen las leyes.

Las relaciones entre Procurador y cliente se regirán por las normas del mandato y las disposiciones del presente Estatuto (arts. 1 a 4).

2. Los Procuradores: Para ejercer la profesión será preciso reunir las condiciones de aptitud, obtener la inscripción en el Colegio, constituir fianza y prestar juramento o promesa.

No podrán ejercer la profesión de Procurador quienes lo tengan prohibido o sean incompatibles, según el Estatuto.

Los Procuradores deberán colaborar con los órganos jurisdiccionales en la función de administrar justicia, ostentando los derechos o deberes que, respecto a dichos órganos, Abogados, clientes y al general ejercicio de su profesión, determina el Estatuto.

El Procurador, antes del inicio de su función, constituirá fianza a disposición de la autoridad judicial y en la cuantía que corresponda. La fianza, constituida en metálico y valores del Estado o garantizados por el mismo, responderá de los gastos judiciales a cargo del Procurador y de los demás previstos en las leyes.

3. Los Colegios de Procuradores: El Estatuto regula la organización de los Colegios, su régimen económico y el Consejo General de los Colegios de Procuradores. También se regula la Mutualidad de Previsión de los Procuradores (arts. 38 a 60 y 70 a 76).

4. Responsabilidad de los Procuradores: Las responsabilidades civil y penal de los Procuradores en el ejercicio de su función se exigirán con arreglo a las leyes generales.

La responsabilidad disciplinaria será declarada e impuesta por los órganos judiciales y por los Colegios de Procuradores. Concreta el Estatuto las infracciones y las sanciones aplicables (arts. 27 a 29 y 61 a 72).

5. Competencias de las Comunidades Autónomas: Expresamente se salva lo que, sobre esta materia, dispongan los órganos de las Comunidades Autónomas, de acuerdo con la Constitución y los respectivos Estatutos de Autonomía (disp. adic.).

20. ABOGADOS. Se aprueba el Estatuto General de la Abogacía.

Real Decreto 2.090/1982, de 24 de julio ("B. O. E." del 2 de septiembre).

A) Exposición.

1. Organismos rectores de la Abogacía: Se regulan los Colegios de Abogados como órganos rectores de la Abogacía. Su ámbito será provincial, sin perjuicio de la subsistencia de los Colegios de partido.

Los respectivos Decanos, constituidos en Asamblea General, integran su supremo órgano rector (v. arts. 1 a 7).

2. Los Abogados: La Abogacía es una profesión libre e independiente, consagrada al consejo, concordia y defensa de derechos e intereses, públicos y privados, mediante la aplicación de la ciencia y técnica jurídicas.

A la Abogacía corresponde de forma exclusiva y excluyente la protección de todos los intereses que sean susceptibles de defensa jurídica.

Sólo son Abogados quienes, incorporados a un Colegio como ejercientes, se dedican, con despacho profesional, a la defensa de intereses jurídicos ajenos.

Para la incorporación a los Colegios de Abogados deberá acreditarse el cumplimiento de las condiciones generales de aptitud y no estar incurso en causa de incapacidad. La Junta de Gobierno resolverá las solicitudes de incorporación.

No será necesaria la incorporación a un Colegio para la defensa de asuntos propios o de parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, siempre que el interesado tenga capacidad legal para el ejercicio de la profesión.

Todo Letrado incorporado a un Colegio podrá actuar en todos los recursos de los asuntos que dirigió en cualquier instancia, ante cualesquiera Tribunales o Juzgados.

La condición de colegiado se perderá por dejar de satisfacer las cuotas y cargas colegiales, por condena que lleve consigo la pena accesoria de inhabilitación, por expulsión o por baja voluntaria.

El ejercicio de la Abogacía es incompatible con el desempeño de altos cargos de la Administración, con los cargos judiciales o fiscales o del Poder Judicial, con otros empleos públicos declarados incompatibles y con las profesiones de Procurador, Agente o Gestor Administrativo. También existe incompatibilidad con la actuación ante órganos jurisdiccionales de los que fueren parte el cónyuge o parientes del Abogado.

Bajo el epígrafe "prohibiciones" establece el Estatuto algunas reglas para el desempeño de la Abogacía, sobre todo en sus relaciones con otros Abogados.

Los despachos colectivos podrán constituirse por Abogados pertenecientes a un mismo Colegio, en número no superior a veinte y deberán ser inscritos en el Colegio (arts. 8 a 38).

3. Derechos y deberes de los Abogados: El Estatuto distingue los siguientes grupos:

a) En general: Cooperar en la función pública de la Administración de Justicia, guardar secreto profesional, libertad e independencia en el ejercicio de sus funciones, utilización de todos los remedios o recursos que sean procedentes.

b) En relación con el Colegio: Derecho de participar en la gestión corporativa; deberes económicos y de lucha contra el intrusismo.

c) En relación con los Tribunales: Probidad, lealtad, veracidad, respeto de las solemnidades propias de la actuación forense.

d) En relación con las partes: Se reducen al cumplimiento diligente de la misión de defensa, sin perjuicio del contenido de la relación contractual que medie entre el Abogado y su cliente.

e) Honorarios profesionales: Se admite cualquier forma de fijar los honorarios salvo el pacto de "cuota litis".

f) Turno de oficio: Supone la prestación de defensa de oficio a quienes pretendan u obtengan el beneficio de pobreza sin obligación del defendido a satisfacer honorarios (arts. 39 a 60).

4. Organización de los Colegios: Regula el Estatuto con detenimiento la Junta de Gobierno, las Juntas Generales, ordinarias y extraordinarias, el Consejo General de la Abogacía y la Asamblea de señores Decanos. Los acuerdos de la Junta de Gobierno serán recurribles ante el Consejo General y los actos de ambos órganos, en cuanto estén sujetos al Derecho administrativo, una vez agotados los recursos corporativos, lo serán ante la Jurisdicción contencioso-administrativa (arts. 61 a 99 y 129 a 131).

5. Régimen de responsabilidad: Los Abogados estarán sujetos a responsabilidad penal o civil por los actos que realicen en el ejercicio de su profesión, aplicándose, para su exigencia, las normas generales.

La responsabilidad disciplinaria de los Abogados surgirá por el incumplimiento de sus deberes profesionales y será exigida por la Autoridad judicial, en los casos previstos por las leyes procesales, o por el Decano y la Junta de Gobierno del Colegio respectivo.

El Estatuto clasifica las faltas y determina las sanciones imponibles (arts. 100 a 122).

6. Recursos económicos: Se enuncian los recursos ordinarios y extraordinarios de los Colegios y su régimen de inversión y administración (arts. 123 a 128).

7. Competencias de las Comunidades Autónomas: Expresamente se establece que el Estatuto se entiende sin perjuicio de lo que, sobre esta materia, dispongan los órganos de las comunidades autónomas, de acuerdo con la Constitución y los respectivos Estatutos de Autonomía (disp. adic. 3.ª).

B) Observaciones.

Las dos disposiciones precedentes plantean cuestiones coincidentes:

1.º Ambos Estatutos se refieren a temas que exceden del ámbito estrictamente colegial de ordenación de sus órganos de gobierno y regulación de la situación de los miembros de los Colegios, llegando a abordar los requisitos necesarios para el ejercicio de las profesiones y el régimen aplicable a las relaciones jurídicas que surgen del propio ejercicio profesional.

Este proceder no es conciliable con lo dispuesto en el artículo 36 de la Constitución. Por una parte, este precepto señala que la ley regulará el régimen de los Colegios Profesionales. Así lo hizo la Ley de 13 de febrero de 1974, que debe entenderse plenamente vigente. A su amparo se dictan los Estatutos reseñados. Pero, además, la Constitución establece que la ley regulará el ejercicio de las profesiones colegiadas, por lo que parece que el ejercicio profesional de los Abogados y Procuradores es una materia que sólo puede ser regulada por una norma con rango de Ley, no por una disposición reglamentaria, como son las antes reseñadas.

2.º La expresa salvedad de las competencias autonómicas en la materia se ha convertido casi en una cláusula de estilo, pero es innecesaria y perturbadora. Evidentemente, las competencias de las Comunidades Autónomas no pueden restringirse o condicionarse con un Real Decreto.

pero esto se debe a los principios fundamentales sobre organización territorial del Estado contenidos en la Constitución. Además, parece olvidarse la importancia de las competencias reservadas al Estado en materia de Colegios Profesionales (así, art. 149, p. 1, núm. 30 de la Constitución) y la necesaria aplicación supletoria de sus normas, aunque la materia se haya remitido al Derecho de las Comunidades Autónomas (art. 149, p. 3).

V.—OTRAS DISPOSICIONES

21. CIRCULACION INTERNACIONAL DE PERSONAS. Ratificación del Acuerdo Europeo sobre el Régimen de Circulación de Personas entre los países miembros del Consejo de Europa, hecho en París el 13 de diciembre de 1957.

Instrumento de 27 de abril de 1982 ("B. O. E." de 1 de julio).

1.º Los nacionales de las Partes Contratante, cualquiera que sea su residencia, podrán entrar en el territorio de las demás Partes o salir del mismo, por todas las fronteras, presentando uno de los documentos que, para cada Estado, señala el Anexo del presente Acuerdo (generalmente, pasaportes y tarjetas de identidad).

2.º Las facilidades anteriores no se aplicarán a visitas que excedan de tres meses de duración o cuando se pretenda desarrollar en el territorio de la otra Parte una actividad lucrativa, para las cuales podrá exigirse pasaporte y visado válidos.

3.º Cada Parte contratante permitirá regresar a su territorio, sin formalidad alguna, a todo titular de los documentos antes aludidos, aunque la nacionalidad del interesado esté en litigio.

4.º Como posibles restricciones del régimen general se establecen:

- El derecho de cada Parte a denegar la entrada o permanencia en su territorio a los que considere indeseables.
- La facultad de las Partes de no aplicar inmediatamente el presente Acuerdo o suspender temporalmente su aplicación por razones de orden público, seguridad o salud pública.

Este Acuerdo entró en vigor el 1 de enero de 1958 y para España el 1 de junio de 1982.

22. EMPLEO. Se regulan diversas medidas de fomento del empleo.

Real Decreto 1.445/1982, de 25 de junio ("B. O. E." de 1 de julio).

A) Exposición:

1. Modalidades de contratación. Se regulan las siguientes:

a) Contratación temporal: La normativa especial se aplica a los contratos temporales concertados hasta el final del año 1982, cuya du-

ración podrá ser de hasta tres años, con un mínimo de tres meses. Se extinguirán, llegado su término, si hay denuncia de cualquiera de las partes.

La utilización de esta forma de contratación está sujeta a limitaciones cuantitativas.

b) Contratación a tiempo parcial: En tanto persistan las actuales circunstancias de empleo podrán celebrarse estos contratos por trabajadores desempleados y jóvenes menores de veinticinco años.

c) Contratación en prácticas: Este tipo de contratos sólo podrá celebrarse dentro de los dos años siguientes a la obtención de la titulación de que se trate. Su duración no podrá ser superior a doce meses, ni inferior a tres meses.

d) Contratos de formación laboral: Deberán comprender un período de enseñanza teórica, sólo podrán concertarlos los trabajadores que reúnan las condiciones legales y por una duración no superior a dos años.

2. Medidas para grupos de trabajadores desempleados: Se conceden bonificaciones en la cuota de la Seguridad Social a las Empresas que contraten a trabajadores que hayan agotado las prestaciones de desempleo o que tengan responsabilidades familiares. La cuantía de la bonificación dependerá de la duración prevista del contrato.

Por otra parte, se subvenciona y bonifica a las Empresas que contraten, por tiempo indefinido y jornada completa, a trabajadores minusválidos.

Finalmente, se fomenta el acceso al trabajo de las mujeres con responsabilidades familiares.

3. Medidas de carácter territorial: Quedan autorizados el Instituto Nacional de Empleo y el Fondo Nacional de Protección al Trabajo para asignar subvenciones para la creación de puestos de trabajo a las Empresas que contraten por tiempo indefinido a trabajadores desempleados.

4. Trabajos temporales de colaboración social: Las Administraciones Públicas podrán utilizar a trabajadores perceptores de las prestaciones por desempleo en trabajos que sean de utilidad social y de duración inferior a cinco meses. Los trabajadores seleccionados vendrán obligados a realizar el trabajo y conservarán su derecho a percibir las prestaciones por desempleo.

B) Observaciones.

Este Real Decreto refunde las disposiciones vigentes que articulaban medidas de fomento del empleo, agilizando en ocasiones el procedimiento para la utilización de las mismas. En consecuencia, las disposiciones anteriores reguladoras de tales medidas quedan derogadas (véase la detallada disposición final cuarta), aunque se mantenga su aplicación a los contratos celebrados a su amparo.

23. AGRICULTURA. Se fomenta la agricultura de montaña.

Ley 25/1982, de 30 de junio ("B. O. E." de 10 de julio).

Esta Ley tiene por objeto establecer un régimen jurídico especial para las zonas de agricultura de montaña, con el fin de posibilitar su desarrollo social y económico, manteniendo un nivel demográfico adecuado y atendiendo a la conservación y restauración del medio físico. La calificación de una zona como de agricultura de montaña dependerá de su altitud media, su pendiente y su vocación predominantemente agraria.

Se regulan tanto las competencias de los órganos de la Administración en la materia como los instrumentos utilizables para realizar los fines de la Ley, destacando los programas de ordenación y promoción de recursos agrarios de montaña y las ordenanzas de uso de las zonas de agricultura de montaña.

Los interesados o afectados por la presente Ley podrán promover la constitución de Asociaciones de Montaña, con arreglo a la legislación de Asociaciones civiles. Estas Asociaciones se inscribirán en un Registro especial del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

Finalmente, la Ley establece las ayudas y beneficios de que podrán gozar las zonas de agricultura de montaña.

Lo establecido en esta Ley se declara expresamente básico, a efectos de su desarrollo por las Comunidades Autónomas, y compatible con la legislación urbanística y la de espacios naturales protegidos, en cuanto sean aplicables.

24. LIQUIDACIONES TRIBUTARIAS. Se desarrolla parcialmente la Ley 34/1980, de Reforma del Procedimiento Tributario.

Real Decreto 1.547/1982, de 9 de julio ("B. O. E." del 16).

Dos de los temas abordados por la Ley de Reforma del Procedimiento Tributario se desarrollan en este Real Decreto:

Primero, el régimen de estimación indirecta de bases o rendimientos, estableciéndose los supuestos para su aplicación, el procedimiento y las impugnaciones admisibles.

Segundo, las consecuencias de la supresión de los Jurados Tributarios, con la consiguiente atribución de sus competencias a órganos de gestión de la Hacienda Pública, o a los Tribunales Económico-Administrativos.

25. ARTESANIA. Ordenación y regulación de la misma.

Real Decreto 1.520/1982, de 18 de junio ("B. O. E." de 21 de julio).

A efectos de esta disposición se considera artesanía la actividad de producción, transformación y reparación de bienes o prestación de servicio realizada mediante un proceso en el que la intervención personal

constituya un factor predominante, obteniéndose un resultado final individualizado que no se acomoda a la producción industrial, totalmente mecanizada o en grandes series.

El Real Decreto configura la unidad artesana, el Registro Artesano y los organismos administrativos competentes en la materia.

Una disposición adicional formula expresamente la salvedad de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas que, en este caso, resulta superflua, pues si la materia ha sido atribuida a tales Comunidades, al norma estatal es supletoria conforme a la Constitución (art. 149, p. 3), sin necesidad de previsión expresa.

26. INVERSIONES EXTRANJERAS. Se regula su realización en Empresas editoriales.

Ley 43/1982, de 7 de julio ("B. O. E." del 21).

La Ley establece la plena aplicación a las inversiones extranjeras en Empresas editoriales del Texto refundido sobre estas inversiones, de 31 octubre 1974, derogando el régimen especial vigente con anterioridad.

Esta Ley entrará en vigor el mismo día que lo haga el Decreto que la desarrolle, el cual deberá ser dictado por el Gobierno en el plazo de seis meses.

27. SEGURIDAD SOCIAL. Recaudación de cuotas en periodo voluntario.

Real Decreto 1.694/1982, de 9 de julio ("B. O. E." del 28).

Se regula la gestión recaudatoria, en periodo voluntario, de las cuotas y demás recursos de la Seguridad Social.

El presente Real Decreto determina el régimen de competencia, los ingresos a recaudar por este procedimiento, los requisitos del pago, el recargo de mora aplicable, los requerimientos a realizar en caso de falta de cumplimiento y las actas de liquidación que, en su caso, proceda levantar.

28. CONTRABANDO. Se modifica la legislación vigente en materia de contrabando, regulándose los delitos de infracciones administrativas en la materia.

Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio ("B. O. E." del 30).

A) Exosición:

1. Delitos de contrabando: La Ley exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) Conductas delictuosas: Se califican de tales las de importación, exportación o tráfico de géneros prohibidos, estancados o de lícito comercio sin cumplir los requisitos establecidos al

efecto; la exportación sin autorización de objetos históricos o artísticos y la conducción o transbordo clandestino de objetos en buques. b) Cualificación de las infracciones: Es preciso que el valor de los géneros sea igual o superior a un millón de pesetas, o bien que el objeto de contrabando sean drogas, estupefacientes, armas, explosivos u otros cuya tenencia sea delito, o que el contrabando se realice a través de una organización.

2. Objetos de contrabando: Se definen los géneros o efectos estancados y los prohibidos. La Ley establece los criterios para llevar a cabo la valoración de los bienes y para apreciar la existencia de delito continuado (unidad de propósito, teniendo en cuenta el autor y los medios utilizados).

3. Sanciones alicables: Los delitos de contrabando serán castigados con las penas de prisión menor y multa del tanto al duplo del valor de los géneros o efectos. Toda pena que se imponga llevará consigo el comiso de los géneros, de los medios de fabricación utilizados y, en ocasiones, del medio de transporte empleado. Los Tribunales acordarán la intervención de tales bienes e, incluso, podrán enajenarlos antes de la firmeza del fallo en los casos previstos por la Ley.

La responsabilidad civil a favor del Estado se extenderá al valor de la deuda tributaria defraudada.

4. Reglas de competencia: El conocimiento de estos delitos corresponderá a los Juzgados y Tribunales ordinarios, aunque, en cada provincia, podrán atribuirse a un Juzgado determinado.

5. Infracciones administrativas de contrabando: Incurrirán en ellas quienes realicen las conductas antes indicadas sin que concurren las restantes requisitos para que sean delictuosas. Serán sancionadas con multa del medio al duplo del valor de los géneros o efectos. Corresponderá la imposición de las sanciones a los Administradores de Aduanas, cuya resolución será impugnabile en vía económico-administrativa y luego ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Estas infracciones y sus sanciones prescribirán a los 5 años.

6. Derecho transitorio: Los procedimientos ya iniciados a la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la legislación anterior, aunque la nueva Ley tiene efectos retroactivos en cuanto favorezcan a los responsables del contrabando.

B) Observaciones:

La presente Ley innova de modo fundamental el régimen anterior de sanción del contrabando, contenido en el texto refundido aprobado por Decreto de 16 de julio de 1964. La novedad principal está constituida por la penalización del contrabando cuando las infracciones reúnan determinada gravedad; esto supone su calificación como delitos, su sanción con penas y su enjuiciamiento por los órganos de la jurisdicción penal. Sólo el estrato inferior de las operaciones de contrabando continúa en el ámbito del poder sancionador de la Administración, aunque la com-

potencia no se atribuye, como antes, a unos órganos específicos, los Tribunales de Contrabando, que desaparecen, sino a los órganos de gestión tributaria en materia de Aduanas.

29. PESCA MARITIMA. Se regulan las infracciones administrativas en esta materia y su sanción.

Ley 53/1982, de 13 de julio ("B. O. E." del 30).

Se considera infracción administrativa en materia de pesca marítima y marisqueo toda acción u omisión tipificada como tal en esta Ley, en las disposiciones legales o reglamentarias españolas vigentes o en los convenios de pesca suscritos por España.

Esta Ley se aplicará a las infracciones que se cometan en aguas bajo jurisdicción española y a las cometidas por buques con bandera española en aguas jurisdiccionales de otros Estados y en alta mar.

Se clasifican las infracciones en leves, graves y muy graves, señalándose las sanciones aplicables, especialmente consistentes en multas que pueden alcanzar los diez millones de pesetas. También se establece el régimen de competencias sancionadoras y el procedimiento administrativo para su ejercicio.

30. NOTARIADO. Se aprueba el anexo IV del Reglamento Notarial, sobre el ejercicio de la fe pública en materia electoral.

Real Decreto 1.954/1982, de 30 de julio ("B. O. E." del 14 agosto).

Las disposiciones de este Anexo serán aplicables a las elecciones de cargos de representación política que deban ser designados por elección directa de primer grado y a las distintas modalidades de referéndum.

Se regula la actuación de los Notarios en el período electoral y en el día de la votación así como la de los funcionarios que puedan ser facultados como Federativos electorales. Podrán ser acreditados: Registradores de la Propiedad, Abogados del Estado, Agentes de Cambio y Bolsa, Corredores Colegiados de Comercio e Inspectores financieros y tributarios.

31. LEGALIZACION DE DOCUMENTOS. Convenio Europeo para la supresión de la legalización de documentos extendidos por Agentes diplomáticos y consulares, hecho en Londres el 7 junio 1968.

Instrumento de 1 de junio de 1982 ("B. O. E." del 28 agosto).

A efectos del presente Convenio, legalización es la formalidad que tiene como fin dar fe de la autenticidad de la firma puesta en un documento, la calidad en que ha actuado su signatario y, en su caso, la identidad del sello o timbre.

La dispensa de legalización se refiere a los documentos y a las declaraciones oficiales expedidos, en su calidad oficial, por los Agentes diplomáticos o consulares de un Estado Parte que ejerzan sus funciones en el territorio de cualquier Estado y deban presentarse en el territorio o a un Agente de otro Estado Parte.

Son Partes de este Convenio, además de España, los siguientes estados: República Federal Alemana, Austria, Chipre, Francia, Grecia, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Reino Unido, Suecia y Suiza.

32. FINANZAS PUBLICAS DE CATALUÑA. Se aprueba su Ley reguladora.

Ley del Parlamento de Cataluña 10/1982, de 12 de julio ("B. O. E." del 4 de septiembre).

Esta Ley regula las Finanzas de la Generalidad tomando como modelo la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977.

El contenido de la Ley puede dividirse en dos partes; la primera referente a la Hacienda de la Generalidad y especialmente a sus ingresos y obligaciones; y la segunda relativa al régimen presupuestario y contable de la misma.

A los efectos que aquí interesan pueden destacarse los preceptos reguladores de la disposición de los derechos integrantes de la Hacienda, las prerrogativas para la recaudación de ingresos públicos, el devengo de intereses de demora, la prescripción o las fuentes de las obligaciones financieras de la Generalidad (véanse arts. 12 a 26 y 90, principalmente).

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ALDANONDO SALAVERRIA, María Isabel: "Mentalidad divorcista y consentimiento matrimonial". Salamanca, 1982. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto de Ciencias Jurídicas. Departamento de "San Raimundó de Peñafort". Un volumen de 236 págs.

Un tema de gran actualidad, que la autora trata tanto desde perspectivas tradicionales como progresivas, al ofrecer una visión estructural profunda y pormenorizada de las complejas motivaciones que presiden la conducta humana a la luz de los principios escolásticos y de las investigaciones psicosociológicas más recientes, a la que se añade un detallado análisis de la orientación y evolución jurisprudencial y doctrinal respecto a la simulación parcial por exclusión de la indisolubilidad, apoyada en la mentalidad divorcista. Del resultado de esta labor investigadora, la autora extrae interesantes conclusiones respecto a la coherencia actitud-conducta, posibilidad de predicción del comportamiento humano, presunción del acto positivo de voluntad de exclusión según el grado de tenacidad y arraigo en la persona del error acerca de la indisolubilidad, así como otras consecuencias.

La obra, concebida en seis apartados, más una introducción y unas conclusiones, se centra en el estudio del concepto de ideología, su etimología, las ideas y creencias, así como las acepciones y evolución del término "ideología". Se pasa al análisis del acto humano, en la concepción de la filosofía tomista y en la de la psicología moderna, fundamentalmente en cuanto a la personalidad, la conducta o comportamiento humano, la motivación, la deliberación, la decisión y la realización. A través de la actitud, la ideología, la opinión y el comportamiento humano se extraen las consecuencias para la predicción del comportamiento y coherencia entre actitud-conducta, la integración de la cultura ideológica y comportamiento, las opiniones y la conducta y el cambio de actitudes.

Respecto a la jurisprudencia, se expone la importancia y función de la canónica, la evolución de la jurisprudencia matrimonial en materia de exclusión de la indisolubilidad analizando la orientación tradicional y la primera etapa de evolución, así como la dirección actual, los principios psicológicos en los que se apoya la orientación actual de la jurisprudencia, las consideraciones jurisprudenciales acerca de la intención del divorcio y la mera voluntad de romper la vida en común de los cónyuges, la influencia de la existencia de la ley civil de divorcio en relación con el acto positivo de voluntad de exclusión del "bonum sacramenti" y la prueba de la exclusión de la indisolubilidad

En cuanto a las aportaciones doctrinales, después de unas consideraciones generales, la autora presenta la evolución de la doctrina, su importancia y función, la orientación tradicional y la dirección actual, así como los principios sociológicos y psicológicos que informan e inspiran la reciente orientación doctrinal para conducir con las consideraciones doctrinales acerca de la intención de divorcio y la nueva voluntad de romper la vida en común y respecto a la existencia de la ley civil del divorcio.

Con un apéndice que contiene la jurisprudencia más significativa y una bibliografía de las fuentes, obras y artículos, así como de las decisiones de la Sagrada Rota Romana, se completa esta magnífica monografía.

J. BONET CORREA

CANO RICO, José Ramón: "Mediación, fe pública mercantil y Derecho bursátil". Madrid, 1982. Editorial Tecnos, S. A. Un volumen de 580 páginas.

Esta obra, que nació para atender a la necesidad práctica de prepararse para las oposiciones de Agentes Mediadores Oficiales (Agentes de Cambio y Bolsa y Corredores de Comercio Colegiados), constituye hoy una excelente fuente de información sobre las tareas de dichos Agentes en el mercado de valores mobiliarios según el ordenamiento español, donde se realizan una serie de modalidades de operaciones. De aquí que el autor y sus colaboradores hayan dividido su trabajo en siete partes fundamentales con un alcance de treinta y seis capítulos.

La primera parte, dedicada a la figura del agente mediador colegiado, comprende ocho capítulos, donde se describen los antecedentes de esta actividad mediadora de los agentes y su regulación actual, el contrato de mediación que practican, la fe pública mercantil que ejercitan, las manifestaciones de la función fedataria, sus competencias, la intervención en el mercado de valores, la intervención en el sistema crediticio y bancario, para concluir sobre los Libros Registro y el Archivo de los Agentes.

La segunda parte abarca el objeto de la contratación en el mercado de valores, que compone los capítulos nueve al doce, donde se exponen las generalidades sobre los valores mobiliarios, se continúa con los aspectos concretos, y se trata el mercado de emisiones, la transmisión y la colocación de los valores mobiliarios.

En la parte tercera se examinan algunos aspectos del mercado de valores, concretamente sobre la normativa de las inversiones extranjeras (Ley y Reglamento, así como las disposiciones complementarias), la legitimación y situaciones irregulares, la inversión institucional y colectiva para el fomento de la propiedad mobiliaria y la estadística bursátil y la valoración de títulos.

La parte cuarta analiza el mercado de valores, comenzando la exposición de su evolución, caracteres y diferenciaciones, las operaciones y órdenes de Bolsa y las operaciones a plazo con crédito.

Más amplia es la parte quinta, dedicada al mercado de valores en el ordenamiento jurídico español, su antecedentes históricos, su estructura, las Bolsas de comercio y su reglamentación, la cotización oficial con sus normas de contratación, las operaciones al contado, sus obligaciones, derechos y oferta pública de valores, las operaciones a plazos, las normas sobre reclamaciones, sesiones, actas y boletín de cotización y Agentes de Cambio y Bolsa, las situaciones especiales en la contratación, la liquidación y depósito de operaciones bursátiles, los arbitrajes, los mercados de letras e hipotecario, la normativa sobre Colegios de Agentes de Cambio y Bolsa y los Bolsines Oficiales de Comercio.

Por último, las partes sexta y séptima tratan la figura del Corredor de Comercio colegiado, su regulación actual, los derechos y deberes, las prohibiciones e incompatibilidades, la jurisdicción, licencias, excedencias y los dependientes habilitados, la actuación de los Corredores y su régimen colegial, los órganos rectores, el régimen de faltas y sanciones, los derechos profesionales, el turno oficial y la reglamentación laboral de los empleados.

La obra cuenta con una referencia bibliográfica particular en la cabecera de cada capítulo y de una bibliografía general al final de la misma, además de un índice de los cuadros estadísticos que se añaden a lo largo de todas sus páginas, que avalan el cuidado puesto en la elaboración de este libro.

J. BONET CORREA

CARRIER, Denis: "La estrategia de las negociaciones colectivas", traducción y estudio preliminar de Luis Enrique de la Villa, Madrid, 1982. Editorial Tecnos, S. A. Un volumen de 252 págs.

Los conflictos laborales entre dadores y prestadores de trabajo manual e intelectual son cada vez más frecuentes dentro de las sociedades humanas estructuradas con una política de mercado abierto. Conflictos en cuanto a la venta del trabajo, a sus condiciones ambientales, medios e instrumentos, prestaciones accesorias de seguridad, higiene, asistencia sanitaria y social, no son propiamente el objeto de esta obra, que se reduce a un aspecto meramente estratégico o metodológico, en cuanto a la manera más hábil de lograr una negociación colectiva. Para ello, el ilustre autor divide su obra en dos partes bien definidas: un aspecto macroscópico y un aspecto microscópico.

El aspecto macroscópico de su primera parte se refiere a la noción del "sistema de relaciones industriales", la fuerza de negociación de cada parte y la elaboración de las normas que rigen las relaciones de trabajo. En el capítulo primero presenta a los protagonistas y su estatuto respectivo: los "empleadores", o mejor, los "dadores de trabajo", por una parte, y los "trabajadores" o "prestadores de trabajo", con sus representantes, por otro. A ellos hay que añadir los poderes públicos, respecto al contenido de las relaciones industriales y en cuanto a la determinación de la fuerza relativa de las partes.

En el capítulo segundo se presenta el marco en el que se desenvuelven las partes, el contexto técnico y el contenido de las relaciones industriales, el contexto técnico y el poder relativo de las partes y el contexto técnico y la ideología. Además, un análisis del contexto económico acerca del mercado de los productos y de la mano de obra y las relaciones industriales, así como el contexto ideológico, los conflictos ideológicos profundos y el sistema de relaciones industriales para terminar con la improbabilidad de una ausencia total de conflictos ideológicos.

La segunda parte de esta obra, correspondiente al aspecto microscópico, atiende en su capítulo tercero a la estrategia de las negociaciones colectivas directas, concretándose a la tipología de las tácticas empleadas por los negociadores a lo largo de la etapa inicial, la apertura de las negociaciones y las tácticas de información, además de las negociaciones y limitación de una zona de acuerdo. Por último, el capítulo cuarto trata la estrategia de la etapa final de las negociaciones colectivas directas, donde expone el sistema de relaciones industriales y la estrategia de la negociación a lo largo de la segunda etapa, para concluir con el problema de la mediación, la estrategia de la mediación en caso de inexistencia de una zona de acuerdo y la existencia de una zona de acuerdo y la estrategia de la mediación.

En esta edición española hay que destacar el estudio preliminar que el profesor De la Villa dedica a la situación española en esta materia, lo cual sube el interés por esta interesante monografía.

J. BONET CORREA

DIETER EICKMANN: "Rechtspfleger Studienbücher". Verlag Ernst und Werner Gieseking. Bielefeld, 1979.

En el amplio panorama de la bibliografía hipotecaria alemana, con densos tratados como los "Derechos Inmobiliarios" de Haegele y Kuntze, breves exposiciones prácticas como la del Notario Peter Gantzer o la de Helmut Löffler, y obras de divulgación científica como la famosa de Schäffner y Kühne "¿Qué debe saber todo el mundo sobre las hipotecas y el Registro?" (que a los españoles nos evoca aquel ilusionado artículo de Jesús López Medel "Propaganda y publicidad registral", R.C.D.I., 1956, donde critica "sobre todo, la ausencia de una educación registral de los ciudadanos", y propone la edición de libros y folletos para lograr "una educación jurídico-registral, que tanto afecta a la seguridad jurídica"), con enojados manuales, como el "Inmobiliarsachenrecht" de Walter Gerhard, y comentarios al articulado de la Ordenanza Inmobiliaria como los de Horbert, destaca esta colección de libros jurídicos —"Rechtspfleger Studienbücher"— dirigida por el profesor Eickmann y orientada a unos profesionales muy determinados, los "Rechtspfleger", "funcionarios de la administración judicial con ciertas funciones en la jurisdicción voluntaria", según la definición de Becher, que ejercen, entre otras, funciones registrales desde la Ley sobre Administradores de Jus-

ticia de 5 de noviembre de 1969. Según el artículo 9 de ese texto legal, los "Rechtspfleger" actúan con absoluta independencia y sin más sometimiento que a la ley. Aunque no están jerárquicamente subordinados a los Jueces de Primera Instancia, sí existe una cierta dependencia doctrinal y procesal: doctrinal, porque los "Rechtspfleger" están obligados a consultar al Juez en determinados casos que enumera el artículo 5 de la RPG, cuando pretenda apartarse de un criterio sostenido reiteradamente por el Juez, cuando se encuentre con dificultades técnicas que no pueda superar, cuando deban aplicarse o tenerse en cuenta normas de Derecho extranjero y cuando se trate de cuestiones que sobrepasen el ámbito de la jurisdicción voluntaria. Este ámbito constituye la esfera propia de actuación de los "Administradores de Justicia"; Creifelds, concretando esta esfera de actuación, incluye en la misma los asuntos relativos a la tutela, la sucesión y la partición hereditaria, los Registros de la Propiedad y Mercantil y las cuestiones familiares. La subordinación procesal se refleja fundamentalmente en el especial recurso o "Erinnerung" que, entablado contra la actuación del "Administrador de Justicia", se resuelve por el Juez de Instancia.

La preparación profesional de los "Administradores de Justicia" consiste en un servicio preparatorio ("Vorbereitungsdienst") de tres años, de los cuales al menos dieciocho meses han de estar dedicados a un curso especializado; a continuación han de superar el examen previsto en el artículo 2 de la RPG. Para la preparación técnica de estos funcionarios faltaban textos adecuados, que simplificasen la complejidad del tratado sin caer en la elementalidad del formulario o del repertorio. El profesor Eickmann ha perseguido esa meta con la colección que dirige; la colección estará integrada —cuando termine de publicarse— por doce títulos, de los cuales han aparecido ya nueve: el "Derecho Inmobiliario", de Dieter Eickmann y Karl-Heinz Gurowski; el "Derecho Registral", de Lothar Baldus; "Enajenación forzosa y administración judicial forzosa", de Helmut Teufel; "Derecho de tutelas", de Klaus Meyer-Stolte; "Cuestiones civiles", de Dieter Crevecoeur, y "Derecho penal y Derecho procesal penal", de Peter Walter; se anuncia la próxima publicación de un "Derecho concursal y de las transacciones"; "Procedimiento para la fijación de costas"; "La sucesión hereditaria"; "Metodología jurídica", y "Problemas jurídico-sociológicos de la actividad del Administrador de Justicia". Cada una de estas obras —con excepción de las dos últimas— está integrada por un conjunto de casos prácticos, cuyo número oscila entre diez y doce, precedidos de un esquema a seguir para su solución. Se pretende evitar el aprendizaje memorístico de respuestas y transmitir una técnica de elaboración de soluciones ("Lösungsaufbau"), que tenga su base en el desarrollo del razonamiento jurídico ("juristischer Gedankengang"). En recuadros se sintetizan las doctrinas generales, y se hacen remisiones a obras doctrinales, con indicación precisa del lugar de las mismas en que se desarrolla con mayor profundidad el tema tratado. En los dos primeros volúmenes, los relativos a Registro de la Propiedad y Mercantil, y al concluir cada caso, se exponen reglas sobre el modo de redactar la nota de inscripción, denegación o suspensión, en líneas generales y sin

concretar un modelo específico a seguir. Si esta colección de libros tiene por sí misma un extraordinario valor docente y divulgativo, quizá tenga para nosotros un mayor valor ejemplificativo: la falta o la insuficiencia de manuales de este tipo dirigidos a facilitar la preparación de exámenes a oficiales de Registro podría subsanarse buscando inspiración en estas publicaciones breves e impecables —de fondo y forma— dirigidas por Dieter Eickmann.

ANTONIO PAU

GENDREL, Michel: "Affronter l' oral (Tous examens et concours). Un art et une science". París, 1982. Editions Roudil. Un volumen de 159 págs.

Esta obra tiene un significado mucho mayor y es de más profundidad científica de la que pudiera deducirse de la lectura de su particular título. Como en otras obras de este ilustre autor, se trata de poner de relieve la importancia que tiene este don humano de la expresión hallada por el lenguaje. Concretamente, se trata de poner de relieve y tratar de ayudar a quienes se ven en la necesidad de afrontar un examen oral, de revelar sus conocimientos a un tribunal o a un examinador; la obra nos descubre aspectos psicológicos, las diferentes posiciones mentales que adopta o se encuentra el individuo cuando debe expresar, comunicar o demostrar sus saberes; de cómo superar el miedo, la indecisión y la ineficacia a través del empleo de la palabra; de cómo hacer un arte con su expresión, de cómo sacar un rendimiento mayor de nuestros conocimientos y de como revelarlos y comunicarlos con gracia y estilo. Un libro, pues, muy adecuado a los juristas, quienes por su acentuado nominalismo y formalismo se ven obligados a hacer del lenguaje, de su expresión cualificada y de sus conceptos específicos, un instrumento de empleo y de atención constante.

La obra se divide en dos parte: la primera comprende cómo se desarrollan los exámenes orales; la segunda muestra la preparación que se debe realizar para afrontarlos con éxito. Con gracia, estilo, con humor y con responsabilidad, este ilustre autor, con su experiencia, observaciones y reflexiones nos hace ver —diría casi cinematográficamente— cómo el examinado sale a la pista, al foro de examen, cómo debe hablar, sus observaciones de los locales en que realiza el examen, sus primeros contactos, el estilo que debe adoptar, la observación de sus examinadores, sus primeras y posteriores respuestas, la utilización de lo que sabe o de los conocimientos adquiridos, las pausas, la manera de saber presentarse y de exponer, su claridad de conceptos y rigor, así como el empleo justo de su locución, su predisposición psicológica, su actitud personal, ingenua, franca o cínica también son decisivas. La segunda parte contiene los consejos del autor, su habilidad y conocimientos en cuanto a cómo debe prepararse cuidadosamente el examinado, la técnica y los recursos que ha de emplear para realizar un buen examen. Cómo estudiar, cuándo y qué se debe estudiar en un campo o asignatura; la fase de revisión,

de repetición, de vuelta a las materias que han de ser expuestas; el cuidado físico que ha de ser objeto de atención para el examinado, a fin de lograr el esfuerzo de la comunicación por la palabra y, sobre todo, la reflexión sobre quién le va a examinar, la categoría de los maestros, la posición de sus examinadores.

En definitiva, una obra poco corriente, pero muy necesaria para nuestros juristas, quienes después de su licenciatura habrán de afrontar el paso de las "oposiciones" en sus diversas fases orales. Una guía excelente, una obra escrita con altura y gracia, un libro útil y recomendable para universitarios y también para iniciados.

J. BONET CORREA

GUARNERI, Attilio: "Diritti reali e diritti di credito: valore attuale di una distinzione". Ed. Cedam, Padua 1979, 158 pp. + VII.

Este libro no trata de proponer nuevas ideas en torno a la distinción "derechos reales-derechos de crédito", ni de atacar, ni de defender la tradicional distinción. El autor se propone captar el ritmo de deterioro de la categoría, ponderando si ha alcanzado los mismos niveles en los distintos países romanistas, o si, por el contrario, se presenta de modo desigual en las diversas áreas. A estos fines toma en cuenta los diversos problemas práctico-jurídicos de carácter sustancial, en función de los cuales la oposición de las categorías se toma en consideración. El trabajo parte, por ello, de un elenco de los que el autor llama "puntos de emergencia" de la distinción (p. 16-20). Dado su elevado número, el autor selecciona aquéllos que le parecen más significativos. La elección de tales puntos se hace en tres zonas: régimen de circulación, régimen de la protección aquiliana y régimen de la posesión.

El libro se divide en cinco capítulos. El primer capítulo contiene la introducción, en la que se dibuja un apunte histórico general desde el Derecho romano a los derechos codificados; se alude de un modo muy general a las diferentes posiciones doctrinales en torno a la distinción; y se declara la meta perseguida por trabajo, así como el método a que ya nos hemos referido.

Los capítulos II, III y IV se dedican, respectivamente, a los puntos en los que aflora la distinción en el régimen de circulación, en el régimen de la protección aquiliana y en el régimen de la posesión. El último capítulo (el V) se dedica a conclusiones.

El autor ha renunciado a fijar previamente qué entiende por derecho real y por derecho de crédito. No quiere ni dar una propia definición, ni servirse de otras. Es muy significativa su opinión sobre la utilidad práctica de tentativas de reelaboración de la distinción sobre bases racionales como la de Ginossar, carentes del necesario engarce con las nociones legales e interpretativas dominantes. Según Guarneri tales sistemas enriquecerán la teoría general del Derecho con una nueva construcción, pero no contribuirán a resolver ningún problema práctico sustancial.

Dado —dice el autor— que la investigación trata de ponderar la supervivencia de una dicotomía que alcanzó madurez en el *ius commune*, “los derechos reales” y los “derechos personales” objeto de la investigación son, a efectos del libro, aquéllos que fueron etiquetados así la víspera de la Codificación.

Esta renuncia de Guarneri a precisar qué entiende por derecho real y qué por derecho de crédito, le ha sido censurada ya (Burdese, “Il problema del diritto reale nell’ultima dottrina”, en RDC, 1980, III, p. 220, y A. Gibelli, en RTDPC, 1980, p. 803), porque se ha entendido que de este modo no es posible que la investigación pueda servir de ayuda —como sostiene Guarneri— para dar respuesta al problema de la naturaleza real o personal de los diferentes derechos. Es decir, no cabe que la investigación sirva a este propósito precisamente porque se ha renunciado a indagar sobre el significado actual de las categorías “derecho real-derecho de crédito”.

No obstante, esta crítica parece exagerada en cuanto que Guarneri sólo pretende que los datos recogidos al analizar los diversos puntos de diferenciación por el diverso régimen, puedan servir ocasionalmente de ayuda para resolver problemas clasificatorios de los derechos patrimoniales. Por otra parte, pudiendo tener un determinado derecho subjetivo, la disciplina propia de los derechos de obligación en un aspecto y en el otro aspecto la propia de los derechos reales. Esta última afirmación parece hacer una adecuada consideración de los datos normativos y representa un acertado alejamiento de planteamientos excesivamente dogmáticos.

El capítulo segundo está dedicado a los puntos de diferenciación que se producen en el ámbito de la circulación o más precisamente a la adquisición y pérdida de los derechos por acto inter vivos, es el más amplio (p. 23-101) y se divide en cuatro secciones, que se ocupan de lo siguiente: afirmación de la regla del efecto traslativo del consentimiento en Francia e Italia, contrato de sociedad, derechos reales de garantía, fraude en las transmisiones inmobiliarias como puntos de observación de la efectiva incidencia de la regla del efecto traslativo del consentimiento. La primera sección se dedica al modo abstracto como supuesto de hecho adquisitivo solamente de los derechos reales. La segunda sección se dedica a la adquisición del derecho cuando falta la declaración de voluntad del adquirente (la adquisición del derecho mediante contrato con obligaciones del promitente únicamente y mediante promesa al público; la adquisición del derecho mediante contrato a favor de tercero). La sección tercera se dedica al acto de reconocimiento. La cuarta, a los supuestos de hecho extintivos: la renuncia, la consolidación y la confusión.

Se hace en este capítulo el examen histórico del sistema de la transmisión por el simple consentimiento. Quizá resulta algo exagerado afirmar que sólo Pothior mantiene la necesidad de la tradición. La regla formulada por F. Bourjon de que respecto de los bienes muebles la posesión equivale al título, significó para este autor, entre otras cosas, que la venta sin desplazamiento posesorio es ineficaz respecto de los acreedores del vendedor y que el simple contrato de venta es insuficiente para

fundar una reivindicación en favor del comprador; ello significa claramente que no basta el simple consentimiento para transmitir el derecho real (vid. J. M. Miquel, "La posesión de bienes muebles", Madrid, 1979, pp. 117 y 119). También puede tomarse esto como ejemplo de la existencia de soluciones basadas en un sistema diferente del que resulta de los principios afirmados más o menos enfáticamente, a lo que alude también en otro punto Guarneri (p. 16).

Guarneri se extiende ampliamente acerca de la diferencia por razón de la publicidad inmobiliaria. Pone de relieve el autor cómo la exigencia de la buena fe en el sistema francés lleva a dar relieve a la primera transmisión (por el simple consentimiento) sin publicidad frente a la segunda (de mala fe), lo que en definitiva supone un avance en la progresiva eliminación de un carácter diferencial entre la transmisión del derecho real y el derecho de crédito: el simple consentimiento cum causa produce un efecto traslativo oponible a los terceros de mala fe. Sin embargo, cabe plantear hasta qué punto las diferencias entre los supuestos de hecho de la adquisición de un derecho y otro, son en el tema reveladoras. Quiero decir que quizá no se justifica tanto empeño para matizar las diferencias entre los sistemas francés e italiano por razón de la relevancia que dan o no dan a la mala fe del tercer adquirente. En puridad los supuestos de hecho de adquisición de los derechos reales —en nuestro Derecho concretamente— no son iguales (piénsese en la hipoteca, servidumbres continuas no aparentes y discontinuas) y quizá pueda pensarse lo mismo de los derechos de crédito.

El estudio del modo abstracto como supuesto de hecho adquisitivo únicamente de los derechos reales resulta interesante, pero a mi juicio exige una mayor precisión. Así, por ejemplo, no parece adecuado seguir considerando el pago de lo indebido sin error del solvens como un modo abstracto cuando se explica como una donación. De otra parte, me parece el que debiera de haberse distinguido dos temas que en rigor son diferentes y no aparecen suficientemente deslindados en la exposición. Hay que separar la cuestión de la repetibilidad o no de un pago y la de la transmisión de la propiedad. También resulta algo equívoca la afirmación de que otro vehículo para la afirmación de la tradición no precedida de una adecuada causa solvendi sea la obligación natural, pues precisamente tal obligación funciona como causas de la atribución que es lo que importa tratando de la tradición y del modo abstracto, como dice Guarneri. El problema de la relación de la tradición abstracta y el cobro de lo indebido me parece mucho más profundo de lo que aparece en la exposición de Guarneri. Son seguramente razones históricas las que han llevado a afirmar que el cobro de lo indebido determina la adquisición de la propiedad de lo cobrado indebidamente. Pero esas razones parece que exigirían una separación de causas en virtud de las que se opera la entrega que se califica como pago (vid. Kunkel, "Derecho Romano Privado", Barcelona, 1965, pp. 182-183; Kaser, "Das römische Privatrecht", Munich, 1971, p. 416).

En el capítulo tercero, el autor pone de relieve cómo en el Código Napoleón la regla general de responsabilidad civil no hace ninguna referencia a la distinción derechos reales-derechos de crédito, al contrario de

lo que sucede en el BGB que distingue en esta materia entre derechos absolutos y derechos relativos, reservando en principio la responsabilidad extracontractual a los primeros.

El último capítulo está dedicado a la posesión en donde se reflejaba la distinción en Francia e Italia, mientras que en Alemania se había avanzado ya en la eliminación de la distinción en este punto. Una nueva Ley francesa (9 de julio de 1975) ha extendido la protección posesoria al "detentador" con lo que se elimina en este ámbito la relevancia de la distinción.

El libro de Guarneri es una buena muestra de un método comparativo que parece imprescindible cuando se trata de estudiar aquellas instituciones, conceptos o categorías procedentes del "ius commune". Los datos que contiene son de indudable interés para un jurista español, aunque nuestro país haya quedado fuera del examen. Alecciona de la necesidad de tener en cuenta las diferencias que, respecto de otros Derechos muy próximos a nosotros, existen en buen número de materias.

En suma, se trata de un libro que proporciona una visión muy interesante de la distinción derechos reales-derechos de crédito, y que habrá de ser tenido muy en cuenta por quien quiera profundizar en ella.

José María MIQUEL GONZALEZ

SUPPIEJ, Giuseppe: "Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)".
Padova, 1982. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Un volumen de XIV + 365 págs.

Esta obra monográfica sobre la relación de trabajo, su constitución y desarrollo, forma parte, o está integrada, dentro de una "Enciclopedia jurídica del trabajo" que dirige el profesor Mazzoni de la Universidad de Florencia. Este importante aspecto constituye el volumen cuarto correspondiente al "Derecho privado del trabajo" que comprende otros tres volúmenes: la cesación o disolución del contrato de trabajo, las relaciones especiales de trabajo y la tutela de los derechos del trabajador.

La obra sobre la relación de trabajo se distribuye y sistematiza en cuatro capítulos. El primero aborda la función y naturaleza de la relación de trabajo, de la *locatio hominis* a la relación de trabajo, pasando por el examen de la subordinación del trabajador al riesgo del empresario, la relación de trabajo como una relación de intercambio, el interés por la empresa en la Constitución y en el Código civil, las relaciones de trabajo asociativas, el trabajo autónomo y el trabajo dependiente de entes públicos.

El capítulo segundo abarca las relaciones de trabajo y las obligaciones del trabajo, su unidad y complejidad, sus relaciones fundamentales, su prestación y desarrollo de energía, el objeto de la obligación, su cualificación y contenido.

El capítulo tercero trata las posiciones instrumentales o accesorias de las obligaciones de trabajo, como su dirección en cuanto ejercicio de

un poder jurídico, la naturaleza del deber de obediencia, la obligación de fidelidad y sus límites, el poder disciplinario, la retribución y su medida y las obligaciones accesorias de seguridad.

El capítulo cuarto plantea los términos del contrato de trabajo, la postura anticontractualista (contrato o institución) y la tutela imperativa del trabajo, sus prestaciones de hecho, la colocación, la capacidad de trabajo, la capacidad de hacer y la capacidad jurídica especial, los requisitos objetivos del contrato (voluntad y forma), el contrato simulado, la causa y los motivos (el fraude a las leyes laborales), la interposición fraudulenta y la injustificada, el contrato de trabajo modal, el condicional o a término y el pacto de prueba.

El capítulo quinto concreta las modificaciones de la relación laboral, su evolución, modificación y novación, el problema de la sucesión en el puesto de trabajo, la sustitución del empresario y la imputación de la relación laboral a la empresa, el ámbito de aplicación del principio de rescindibilidad de la relación laboral, las modificaciones objetivas por cambio de locales, argumentos en favor de la supresión del "jus variandi", la tesis de la pervivencia del "jus variandi", las transferencias de una unidad productiva a otra y la suspensión de la obligación laboral.

Por último, a la obra se le añade un elenco bibliográfico que, si bien se dice es tan sólo fundamental, abarca un amplio espectro e informa amplia y suficientemente sobre la literatura italiana en esta materia.

J. BONET CORREA

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: "Estudios de Derecho Sucesorio.

IV. Computación, imputación, colación". Madrid, 1982. Editorial Montecorvo, S. A. Un volumen de 583 págs.

Este volumen cuarto de "Estudios de Derecho Sucesorio", recoge dos trabajos fundamentales realizados por este ilustre autor en materia de imputación de disposiciones testamentarias y a propósito de la computación, colación y reducción de donaciones. Ahora bien, no se trata de una mera recopilación, sino que Vallet de Goytisoló, superándose en sus anteriores posiciones doctrinales las rectifica en la presente obra y nos muestra la naturaleza normativa de carácter limitativo, o de freno, de las legítimas en nuestro sistema sucesorio; también ha adicionado las obligadas referencias a la repercusión que en esta materia introduce la reforma del Código civil por la Ley de 13 de mayo de 1981, con las consideraciones precisas y necesarias.

La primera parte de la presente obra lleva por título "la imputación de disposiciones testamentarias" y, bajo un capítulo único, se abarca la "imputación de legados otorgados a favor de legitimarios", examinándose las cuestiones que afectan al heredero y la inaplicación en el régimen del Código civil el principio "nemo pro parte testabatur pro parte intestatus decedere potest", los legados y los prelegados, la imputación de los mismos, la legítima como deber del testador y como atribución legal

del heredero, la concurrencia en el legitimario de dicho carácter y el de heredero testamentario, el legitimario como legatario, la colación y su repercusión en la imputación de los legados a los legitimarios, cómo nuestro Código no contiene reglas expresas para la imputación de los legados dispuestos a favor de los legitimarios no instituidos ni reconocidos testamentariamente como herederos, cómo debe efectuarse dicha imputación, en la hipótesis de que el legitimario —que no sea cónyuge viudo— no sea instituido ni reconocido como heredero por el testador y que éste le otorgue un legado sin especificar su imputación, el examen del mismo problema en el supuesto de que el legitimario sea cónyuge viudo, y por último, el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La segunda parte abarca, con el título la “computación, imputación, colación de donaciones inter vivos”, también, un capítulo único, la computación y la imputación, así como la colación y reducción de donaciones. En primer lugar, se trata la computación de donaciones según el Derecho romano, para el cálculo de la legítima y su imputación a ésta a efectos de la “querella inofficiosi testamenti” y de las “querella inofficiosi donationis vel dotis”, la colación en el Derecho romano, la llamada colación germánica y su reflejo en los Fueros medievales de León y Castilla, la computación del caudal, legítima, tercio y quinto después de las Leyes de Toro a través de la doctrina de los autores castellanos, la imputación a la legítima al tercio y al quinto según las Leyes de Toro, la colación después de las Leyes de Toro según los autores castellanos de los siglos XVI y XVII, la computación e imputación desde fines del siglo XVIII al Código civil, la colación en el periodo precursor del Código civil, la distinción de la colación con respecto a la computación, la imputación “ex se” y la reducción por inoficiosidad en los principales ordenamientos del occidente europeo, la computación para cálculo de las legítimas y tercios de mejora y libre disposición en el Código civil, la imputación de donaciones en el Código civil, así como la reducción de donaciones inoficiosas y la colación propiamente dicha en el Código civil. Un índice de conceptos, otro de autores, además del general, completan esta profunda y magnífica obra.

J. BONET CORREA

REVISTA DE REVISTAS

II. REVISTAS EXTRANJERAS (1)

A cargo de Antonio PAU PEDRON,
Registrador de la Propiedad

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general y Derecho de la persona

EMILIO VITO NAPOLI: «Inabilitazione per prodigalità e tutela della persona umana». RDDC, 1981.

Comienza el autor destacando la imprecisión del concepto de prodigalidad acuñado por la Jurisprudencia, y la utilización tradicional que los Tribunales hacen de la misma, pues tratan de tutelar el honor y la dignidad de la familia, sin referencia alguna al honor y la dignidad del individuo.

Tras estudiar los rasgos de la prodigalidad en los distintos Ordenamientos jurídicos, destaca las contradicciones internas de la regulación italiana actual de la figura, que resulta incluso contraria a la vigente Constitución, al atentar contra la libertad y los intereses del individuo.

Trata de desvelar a continuación el verdadero concepto de prodigalidad, examinando el significado etimológico («pro-ago», conducta del pastor que permitía dispersarse a los animales que le habían sido encomendados), el concepto vulgar y el concepto técnico-jurídico, para analizar luego el fundamento de la institución, contraponiendo el fundamento objetivo de BARASSI —evitar la dilapidación de un patrimonio— y el fundamento subjetivo de FERRARA, que comparte el propio autor —la enfermedad mental del pródigo.

Esboza una evolución histórica de la inhabilitación por prodigalidad, analiza la prodigalidad desde una perspectiva psiquiátrica y examina los efectos de la prodigalidad en cuanto al derecho de voto —que le reconoce al pródigo la ley de 7 de octubre de 1947— y en cuanto a la capacidad para donar —que regula el artículo 776 del «Codice».

Finalmente, el autor propone una regulación más flexible de la inhabilitación por prodigalidad, que a la vez proteja los intereses sociales y familiares, tutele a la persona y los derechos del pródigo, y articule para éste los necesarios mecanismos de protección y asistencia, como lo hace la «Bundessozialhilfsgesetz» alemana, cuyas normas están desplazando a la vetusta regulación codificada de la «Entmündung wegen Verschwendung».

(1) Se reconstruyen artículos aparecidos en las siguientes revistas italianas: «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile» (cit. RTDPC), año 1980; «Rivista delle Società» (cit. RDS), año 1980; «Rivista di Diritto Civile» (cit. RDDC), año 1981.

GIOVANNI L. PELLIZZI: «La società persona giuridica: dove è realtà è dove è vuota formula». RDDC, 1981.

Se trata de una recapitulación de esa perenne busca de la «*reductio ad unum*» de los dos tipos de personas que actúan en el mundo jurídico. En el siglo XIX, una concepción casi biológica de la persona jurídica lleva a identificarla con la persona moral; en los albores del siglo XX, la exaltación del Derecho positivo conduce a la misma identificación; si en aquel siglo la propia naturaleza de ambos tipos de personas las hermanaba, en éste el común reconocimiento por el Ordenamiento jurídico las situaba en pie de igualdad.

El autor centra su estudio en las concepciones dominantes en la segunda mitad de nuestro siglo, que han supuesto una generalizada reacción frente a la doctrina tradicional. «Esta es la gran novedad —escribe PELLIZZI—: la doctrina más reciente no se contenta con sostener que la persona jurídica es una ficción, esto es, que es tratada por el legislador como si fuese una persona, sin serlo, sino que niega, por añadidura, que tal ficción exista con carácter general, es decir, niega un reconocimiento general de la *alteridad* de lo que el legislador designa como persona jurídica».

La doctrina italiana actual sólo reconoce algunos rasgos o supuestos de alteridad (se entiende por alteridad la distinción o independencia de la persona jurídica respecto de los hombres que la integran): son aquellos supuestos —aislados, circunstanciales— en que la ley le atribuye personalidad propia. GALGANO ha hablado —en esta línea— de la «demolición» de la persona jurídica, que destruye el mito de la absoluta identidad entre persona física y jurídica.

PELLIZZI se plantea la cuestión de si es verdad o no que el Ordenamiento jurídico reconoce esa alteridad que convierte a los entes en personas jurídicas. Afirma que la alteridad no es un problema de doctrina jurídica, sino de Derecho positivo. La alteridad existe donde un precepto concreto la reconoce, y desaparece donde esa norma explícita falta. «La ley, después de haber dispuesto con carácter general —dice el autor— que la persona jurídica sea tratada a todos los efectos legales *como si fuese* un sujeto diferenciado de Derecho, vuelve a imponer que, en un determinado caso y a determinados fines, sea tratada de nuevo *como si no lo fuese*». Ilumina sus palabras con un ejemplo, que sirve de base para su generalización posterior: es el caso de las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada con un solo socio. Cuando existe pluralidad de socios, la sociedad-persona jurídica responde exclusivamente de las deudas sociales; cuando existe un socio único, el legislador ha dispuesto que, en caso de insolvencia de la sociedad, responda también el único socio personalmente. En base a lo anterior, PELLIZZI expone su conclusión: las normas que atribuyen personalidad jurídica a los entes son típicas normas excepcionales, de interpretación restrictiva; las normas que niegan tal personalidad jurídica independiente carecen de ese carácter de excepcionalidad y son susceptibles, por tanto, de aplicación analógica.

LUIGGI FERRI: «Tutela giuridica del nascituro». RTDPC, 1980.

«La tarea que he asumido, muy modesta, es la de realizar un sondeo de opinión entre los juristas italianos sobre el tema de la tutela del "nasciturus", en un período de tiempo que va desde la última parte del pasado siglo a nuestros días», comienza diciendo el ilustre profesor de Bolonia en su comunicación presentada al Congreso sobre los Derechos del hombre —año 1979— y recogida luego en esta RTDPC y en la revista «Incontri Culturali». Divide su investigación en dos grandes campos: el Derecho penal y el Derecho civil; prevé la posibilidad de un enfoque estrictamente constitucionalista, pero se limita a hacer algunas observaciones desde esta perspectiva: ante todo pone de relieve la ambigüedad de la Constitución italiana en este punto; habla el artículo 2.º de los derechos inviolables del hombre, pero no declara que el feto sea ya hombre; el artículo 31 afirma que la República tutela la maternidad, pero no aclara si protege los intereses de la madre o también los del hijo.

En el ámbito penal analiza las posiciones de numerosos autores: AMBROSOLI sostuvo que el delito de aborto no debía incluirse entre los que atentaban contra la vida humana, sino entre los que atentaban contra la familia; CARRARA opuso a la anterior teoría que toda vida humana debía respetarse por sí misma, sin consideración a razones familiares o sociales. PESSINA, basándose en que el nasciturus es sólo «spes hominis», y no «homo», considera que el aborto interrumpe el proceso de formación de la vida, y es contrario a la sociedad, que tiene legítimo interés en que no se impida un proceso fisiológico. CALOGERO, fundando su criterio en la personalísima teoría de que el feto «reviste en la vida intrauterina la forma de diversos organismos animales, y sólo en el momento del nacimiento posee los caracteres físicos y psíquicos de la humanidad», afirma que el feto no tiene categoría de ser humano, y el aborto no puede por tanto considerarse como un delito contra la vida, sino contra un derecho de la madre. MANZINI afirma que con la regulación del delito de aborto se protege la vida intrauterina de la persona. Pero con la entrada en vigor del Código penal italiano de 1930 se produce una decisiva interrupción en la doctrina tradicional sobre el aborto; el llamado Código Rocco incluye este delito bajo el epígrafe general «de los delitos contra la integridad y salubridad de la estirpe».

La ley de 22 de mayo de 1978, que despenalizó el aborto derogando los preceptos del Código de 1930 que lo regulaban, conserva sólo el delito en los casos en que el aborto se lleve a cabo en lugares no autorizados, o por personal no autorizado, o contra la voluntad de la madre. Por lo demás se admite sólo el aborto provocado dentro de los noventa días siguientes a la concepción; pero la falta de este requisito no ha suscitado nunca problema, por la dificultad de determinar el momento de la concepción. La ley de 1978 ha introducido también una modificación en el Código penal, «verdadamente indigna de un pueblo civilizado» —según FERRI—: la supresión de la agravante de que la víctima fuese una mujer encinta.

Los civilistas sólo se han preocupado de los aspectos patrimoniales de la protección del nasciturus; pero al defender sus intereses patrimoniales han sostenido implícitamente su existencia como persona: «prima essere,

poi possedere». No obstante, BARASSI afirma que el nasciturus no tiene vida autónoma, y no puede por tanto ser sujeto de derechos. DUSI reitera que el feto es sólo «pars viscerum matris», pero OPPO afirma que a este «germen de persona futura» puede atribuírsele personalidad. Recientemente BIANCA (RDCC, 1976) ha escrito que sostener un pretendido derecho de la madre a disponer libremente del nasciturus como cosa propia reproduce la arcaica concepción de la prole como objeto de propiedad, y contradice la moderna evolución de la relación paterno-filial como relación de cuidado y defensa.

Concluye el profesor FERRI afirmando que, a pesar de las manipulaciones políticas operadas en la figura del delito de aborto, y del desdén de los civilistas por el problema, la tradición jurídica italiana propugna por una protección legal del feto como ser humano, y lo configura, por tanto, como sujeto de derechos y como persona.

2. Obligaciones y contratos

MARIO BESSONE: «Clausola penale e intervento del giudice nella disciplina dei contratti per adesione», RDS, 1980.

En todos los ámbitos en que la contratación se realiza a través de condiciones generales, las cláusulas penales establecidas para asegurar el cumplimiento de la prestación debida constituyen siempre materia de complejos problemas, afirma el autor.

Las cláusulas penales no sólo agravan la posición deudora de la parte débil, sino que, en muchos casos, hacen pesar sobre ella el riesgo de que se produzcan circunstancias objetivamente incompatibles con el cumplimiento. De ahí la necesidad —afirma BESSONE— de articular un régimen de tutela del contratante débil.

El autor, que ha analizado el control administrativo de los contratos de adhesión en el Derecho israelí —en sus «Ensayos de Derecho civil»— y que ha estudiado también la ley alemana sobre condiciones generales de la contratación («Gesetz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen»), trata en este artículo de profundizar en el sistema francés de control, analizando primero los sectores de la contratación en que tal control se había introducido —arrendamientos, leasing, seguros, compraventa de inmuebles en construcción—, y examinando después la regulación específica que sobre la cláusula penal introdujo la ley de 9 de julio de 1975 en el propio Código civil (artículos 1.152 a 1.231). Esta última reforma, introducida ya en el Derecho francés como «création prétorienne», atribuye al Juez la facultad de moderar o aumentar la pena convenida cuando resulte manifiestamente excesiva o exigua.

GUIDO ALPA: «Responsabilità decennale del costruttore e garanzia assicurativa».

Se trata de una comunicación presentada por su autor a las «Jornadas sobre Seguros» que, periódicamente, se celebran en Génova, con el tema

—el año 1979— que enuncia el título de este artículo, tema al que el profesor ALPA da un enfoque eminentemente civilístico. Parte el autor del precepto básico que regula esta materia, el artículo 1.669 del Código civil; tras analizar la formulación legal, que considera excesivamente restrictiva en determinados aspectos y excesivamente extensiva en otros, pone de relieve la actualidad del tema, debida fundamentalmente a la nueva y completa regulación que ha recibido en Francia a través de la ley de 4 de enero de 1978. La nueva ley francesa ha impuesto la obligación de asegurar la responsabilidad derivada de la construcción de edificios, y ello ha suscitado una viva discusión en la doctrina italiana sobre la conveniencia de introducir en Italia tal obligación y más genéricamente la conveniencia de regular la materia con mayor detalle y fuera del Código civil.

Analiza a continuación los «modelos normativos de la experiencia francesa»: el modelo del «Code Napoléon», el modelo de «création pretorienne» perfilado por la doctrina jurisprudencial, el modelo introducido por la ley de 3 de enero de 1967, el modelo introducido, empíricamente, por los contratos celebrados con las compañías aseguradoras, y el modelo de la citada ley de 4 de enero de 1978; estudia luego los antecedentes en el propio Derecho italiano: los diversos Códigos anteriores a la unidad, el Código civil de 1865 y el Código de 1942. Traza a continuación un interesante perfil histórico de esta responsabilidad decenal del constructor, iniciando con los precedentes romanos y concluyendo con la discusión entre PACIFICI-MAZZONI y CHIRONI: para el primero se trata de una responsabilidad fundada en una presunción absoluta de culpa, de naturaleza aquiliana, y de orden público; para el segundo, de una responsabilidad fundada en la culpa, de naturaleza contractual y de orden privado.

Para determinar la naturaleza de esta responsabilidad, ALPA analiza diversos puntos que pueden revelar si es de carácter contractual o extracontractual: el origen de la responsabilidad, la prescripción de la acción, la entidad del daño resarcible, los criterios de imputación y la carga de la prueba, la legitimación activa. Estudia luego con detalle la nueva regulación francesa de 1978, y concluye afirmando la conveniencia de introducir, «de lege ferenda», la obligación de asegurar la responsabilidad del constructor, y pone de relieve el fenómeno inevitable de la repercusión de los costes del seguro, y conveniencia del control estatal de estos contratos entre el contratista y el asegurador.

CLAUDIO BARNINI: «Crisi del tipo contrattuale e spunti per le più moderne aperture nella dottrina tedesca dell'800». RDDC, 1981.

El autor se propone reconstruir, en líneas generales, el debate sobre el contrato con persona indeterminada sostenido en la doctrina alemana del siglo XIX, desde Savigny hasta la promulgación del BGB. Analiza las aportaciones de Kuntze en su célebre tratado sobre los títulos valores, el nuevo enfoque dado por Ihering al debate sobre el «contractus cum incerta persona» al centrar su estudio en la promesa hecha al público (Popularversprechen), la teoría de la promesa o «Versprechenstheorie» de Siegel y la deci-

siva intervención de Jacobi en la redacción definitiva de los preceptos del Código civil sobre la materia. Concluye afirmando que la discusión doctrinal sostenida por los autores alemanes decimonónicos constituye un prestigioso punto de referencia para la cultura jurídica del siglo actual.

ALDO FRIGNANI: «*Le penallà di mora e les astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese*». RDDC, 1981.

El objeto de este artículo es la exégesis de las normas que en el Derecho italiano prevén una sanción por mora, como coacción indirecta para forzar al obligado a la ejecución de prestaciones de hacer. Investigando en los Derechos históricos extranjeros, el autor encuentra un antecedente de la «penalítà di mora» en las «astreintes» del Derecho francés, figura de origen judicial luego consagrada legislativamente y difundida en otros países europeos. La doctrina francesa concibe la «astreinte» como una condena pecuniaria pronunciada por el Juez para constreñir al deudor al cumplimiento de su obligación; la condena se fija señalando una determinada suma pecuniaria por cada día que se prolonga el incumplimiento de la prestación resultante de una sentencia condenatoria. Se admite la posibilidad de que el Juez incremente la «astreinte» según las circunstancias y el período de persistencia en el incumplimiento. Recientemente —en virtud de la ley de 5 de julio de 1972— la figura examinada ha recibido una regulación unitaria en Francia, regulación que define y fija los criterios generales de la aplicación judicial de la «astreinte».

FRIGNANI, tras analizar esta última ley francesa, se adentra en el estudio de la ley uniforme del Benelux sobre la «astreinte», y en los antecedentes italianos de la figura: tras recordar el rechazo de la doctrina decimonónica a la figura —por considerarla incompatible con el resarcimiento de daños y con la cláusula penal—, pone de relieve la defensa de la misma hecha por Ferrara y su definitiva acogida en diversos puntos del Derecho positivo.

El autor concluye afirmando que la «astreinte» no contradice ningún principio general del sistema jurídico italiano, sino que, por el contrario, debe elevarse a un postulado del mismo, y lograr así la aplicabilidad de la figura fuera de los casos expresamente contemplados en la ley.

LUIGI BAGOLINI: «*Obbligo e sanzione e Hume*». RTDPC, 1980.

Breve e interesante investigación sobre el pensamiento jurídico de David Hume, que resume —centrándola en la dualidad obligación-sanción— toda la doctrina del filósofo. Frente a las dos posiciones dogmáticas de los juristas de su tiempo (recordamos que, para Hume, dogmático equivale a meramente teórico, a concepción despegada de la experiencia), es decir, frente a aquellos que centraban la esencia del Derecho en la idea de obligación y los que la centraban en la de sanción, el filósofo inglés pone de manifiesto que obligación jurídica y sanción son nociones complementarias. El análisis que hace Hume de ambas ideas —análisis basado de una parte en la experiencia

(por influencia del experimentalismo de Newton) y de otra en el «common sense» (por influencia de la escuela de Ockham)— se resume por BAGOLINI en una serie de puntos o fases sucesivas: Primero: El Ordenamiento jurídico está constituido, en su núcleo, por un conjunto de reglas jurídicas fundamentales. Estas reglas no brotan de una «inclinación natural» del hombre; de la naturaleza humana pueden derivar deberes morales («duty»), pero nunca obligaciones jurídicas («obligation»). Segundo: la obligación jurídica nace de una «convención» entre los hombres: esta convención implica un tácito acuerdo de trasladar el «self-interest» a un superior «common interest»; es decir, el hombre cae en la cuenta de que buscando un interés común es posible la convivencia. En esta fase de la evolución social —afirma Hume— existe la obligación jurídica sin que exista la sanción, e incluso sin autoridad. Tercero: Con el desarrollo y el aumento de los bienes y la riqueza, el hombre olvida actuar por el mantenimiento de la paz y de la justicia; se olvida de la convención, y es necesario que la sanción la restablezca. O mejor dicho: es necesario una nueva convención, ésta entre la autoridad y el individuo, para que aquella mantenga el orden. Hume demuestra así que tanto la obligación jurídica como la sanción son extrañas a la naturaleza humana, y derivan de sendas «convenciones», que tienen su base en la experiencia y en la conciencia común.

3. Derechos reales

4. Derecho de familia

ALDO CHECCHINI: «Allontanamento per giusta causa o ripudio?». RDDC, 1981.

En la reforma italiana del Derecho de familia que tuvo lugar con la Ley de 19 de mayo de 1975, experimentó una importante modificación el instituto del «alejamiento» familiar. El artículo 146 del «Codice» dispone hoy, en su párrafo 1.º, que el derecho a la asistencia moral y material —que consagra el artículo 143— se suspende respecto del cónyuge que, alejándose sin justa causa de la residencia familiar, se niega a volver. El párrafo 2.º del mismo precepto desarrolla el concepto de justa causa que menciona el párrafo anterior, considerando como tal la interposición de la demanda de separación, nulidad, disolución o cesación de los efectos civiles del matrimonio.

La interpretación habitual de este precepto permite, de manera excesivamente simple, sustraerse a las obligaciones legales; basta con que el cónyuge infiel, en el momento en que desea alejarse de la residencia familiar, interponga la demanda dirigida a alguna de las finalidades indicadas. Esta interpretación, según CHECCHINI, es contraria al contexto legal: los deberes del artículo 143 —colaboración, convivencia y fidelidad— no pueden cesar «ad nutum», en virtud de la voluntad unilateral de uno de los cónyuges.

El precepto estudiado supone uno de tantos casos de defectuosa técnica legislativa, en que un interés encuentra tutela jurídica gracias a un hecho

que, considerado desde otra perspectiva, representa una violación de una obligación preexistente; el autor cita otros supuestos de idéntica estructura: los artículos 232, 2.º, 235, 3.º y 250 del Código civil.

El instituto del «alejamiento» por justa causa se ha entendido por la doctrina como un remedio que facilita la estabilidad del matrimonio, evitando conflictos y permitiendo soluciones paccionadas para la separación conyugal; pero todo ello será cierto, afirma el autor, si descansa sobre la deontología del comportamiento que, según la opinión común, se tiene por adecuado en la sociedad conyugal.

La solución interpretativa que, según el profesor CHECCHINI, salva el principio de justicia, legítima el artículo 146 en su versión actual y le dota de coherencia con el artículo 143, consiste en entender que la demanda de separación, nulidad, etc., interpuesta por uno de los cónyuges, supone, *para el otro cónyuge* contra el que se ha dirigido, justa causa de alejamiento de la residencia familiar.

GIORGIO OPPO: «Acquisti alla comunione coniugale e pregiudizio dei creditori personali», RDDC, 1981.

Ha llamado la atención de los intérpretes la importante alteración que en régimen general del matrimonio introduce el artículo 70 de la Ley de quiebras, eliminando la presunción muciana y estableciendo que los bienes adquiridos por el cónyuge del quebrado a título oneroso y durante los cinco años anteriores a la declaración de quiebra se presumirán, respecto de los acreedores, adquiridos con dinero del quebrado y se considerarán de su propiedad.

El autor analiza comparativamente la presunción del artículo 219 del «Codice» —pertenencia de los bienes, a ambos por iguales cuotas indivisas—, y la presunción del artículo 70 de la «Disciplina del fallimento» —pertenencia de los bienes adquiridos por el cónyuge del quebrado en las circunstancias antes reseñadas, al caudal del quebrado—, perfilando el ámbito de aplicación de cada uno de ellas.

Concluye el catedrático de Roma explicando el juego de las indicadas presunciones en los distintos regímenes económico-matrimoniales.

GIOVANNI GABRIELLI: «Le autorizzazioni giudiziali nella disciplina dei rapporti patrimoniali tra coniugi». RDDC, 1981.

La noción de autorización procede, según el autor, del Derecho administrativo, y por tanto de él hay que extraer su concepto y su distinción de dos instituciones afines: la habilitación —que presupone un juicio de carácter técnico— y la aprobación —que no requiere ser necesariamente previa, como la autorización.

En el Derecho privado, la autorización puede tener un doble origen, privado o judicial. Entre las privadas cita el autor la que debe conceder el representante al representado para el autocontrato; la que debe conceder

el arrendado al arrendatario para el subarriendo; la necesaria para la sustitución del mandatario, y la necesaria para que el arrendatario pueda hacer determinadas mejoras en la cosa locada. Entre las autorizaciones emanadas de la autoridad judicial, cita el autor la necesaria para contraer matrimonio entre parientes y la exigida para enajenar bienes de la herencia aceptada a beneficio de inventario. Analiza a continuación las diversas funciones que puede cumplir la autorización.

Adentrándose ya en el tema específico de su estudio, el profesor GABRIELLI pone de relieve que la generalizada tendencia a la privatización del matrimonio y del propio Derecho de familia tiene en este punto un claro reflejo: las numerosas autorizaciones judiciales que en materia de dote, patrimonio familiar y comunidad de ganancias y adquisiciones exigidas por el Derecho derogado se han visto reducidas —tras la reforma de 1975— a las autorizaciones para la mutación «post nupcias» de las capitulaciones matrimoniales, para los actos dispositivos sobre bienes del «fondo patrimoniale» y para los actos de administración extraordinaria realizados por uno sólo de los cónyuges sobre bienes de la comunidad legal.

Tras estudiar problemas comunes a todos los casos de autorización judicial: la eficacia del acto no autorizado y la admisibilidad de una autorización posterior o sanatoria, el autor analiza las características de cada uno de los casos, deteniéndose en la cuestión —tan discutida en la doctrina italiana— de si es necesaria la autorización para el cambio del régimen legal de comunidad a un régimen convencional.

MASSIMO DOGLIOTTI: «Il diritto di famiglia: evoluzione storica e problemi attuali». RTDPC, 1980.

Transcurridos ya cerca de cuatro años desde la última gran reforma italiana del Derecho de familia, ha llegado el momento de hacer un balance del nuevo estado legal. En general se observa, afirma DOGLIOTTI, una evolución favorable en la opinión de los autores: la abierta hostilidad manifestada durante el largo y trabajoso «inter» parlamentario de la ley, se ha traducido hoy en aceptación y, a veces, en entusiasmo. Este cambio de criterio se debe a que el nuevo Derecho de familia no ha supuesto una ruptura traumática con la tradición —como se dijo al tiempo de su entrada en vigor—, sino un nuevo modelo familiar basado en el efecto más que en los vínculos coercitivos.

La familia es, según el autor, una institución histórica y socialmente «condicionada», cuya estructura y función evolucionan y se transforman de tiempo en tiempo, bajo la influencia directa de la organización social. Esta evolución reclama también sucesivas reformas que la reflejen; sólo los juristas aferrados a una metodología dogmática, sin más puntos de referencia que la propia lógica interna de sus ideas, pretenden ignorar esta realidad cambiante.

En esta época de crisis de la institución familiar, las concepciones sobre la misma se han extremado: para uno es un simple vehículo de transmisión de valores burgueses; para otros, un medio de enriquecer y potenciar la

personalidad. Los primeros propugnan una regulación rigurosa, escasamente permisiva de la autonomía del individuo (CICO); los segundos pretenden una regulación flexible, respetuosa de la autonomía individual en la familia (SANTOKO-PASARELLI).

DOGLIOTTI esboza magistralmente —en pocas líneas— la historia jurídica de la familia, desde el «Code Napoléon», de tan decisiva influencia en el Código italiano de 1865, hasta la ley reformadora de 1975, pasando por la ideología familiar del período fascista y la Constitución italiana de 1947. Define a continuación el modelo de familia surgido de la reforma como «comunidad de afectos y sentimientos», y denuncia los dos grandes defectos que se le pueden imputar: la discriminación de los hijos adulterinos y la falta de un ámbito de autonomía del menor.

Pone de relieve que la moderna tendencia, teórica y práctica, a la decodificación es especialmente urgente para una plena reforma del Derecho de familia: no basta con modificar artículos del «Codice»; es necesario un programa general de sostenimiento y ayuda a la familia, que abarque ámbitos tan diversos como la infraestructura cultural, la programación urbanística, la lucha contra el desempleo y contra el empleo de los menores, la regulación rigurosa del consumo y la reforma sanitaria.

ENZO ROPPO: «La famiglia senza matrimonio. Diritto e non-diritto nella fenomenologia delle liberi unioni». RTDPC, 1980.

«Las relaciones interhumanas de sexo, sangre y afecto —que en la fase actual de la evolución histórica se identifican con la institución familiar— pueden existir también fuera del Derecho», afirma el profesor ROPPO. Y la reacción del Derecho frente a quienes prescinden de la formalización legal de sus relaciones sólo puede ser una de estas dos: o considerar las uniones sin matrimonio «tamquam non essent», o someterlas a las mismas reglas que la familia legal («añadiendo al Código civil un capítulo en forma de artículos bis», como ironizaba SCIALOJA).

En cuanto a la evolución de la condición jurídica de los hijos nacidos fuera del matrimonio, se observa una progresiva desaparición de las discriminaciones entre hijos nacidos de relaciones legales o ilegales, hasta la plena equiparación de éstos al status de hijos legítimos. Ello refleja —según el autor— una primera equiparación, al menos en uno de sus efectos, entre matrimonio y convivencia «more uxorio».

Estudia a continuación la fenomenología de las relaciones no matrimoniales, que según ROPPO se articula en «una pluralidad de prácticas sociales tipológicamente diferenciadas entre sí». Las causas de tales convivencias «more uxorio» son variadas: la existencia de un obstáculo legal para el matrimonio, la simple voluntad de vivir fuera de la legalidad («le non-droit como choix individuel», según la acertada expresión de CARBONNIER), la unión sancionada sólo religiosamente, las situaciones de subcultura o marginación, la elección de la convivencia de hecho por razones puramente económicas o fiscales.

Analiza luego dos situaciones históricas en que las relaciones maritales se

generalizaron, y las respectivas reacciones de los Ordenamientos jurídicos: las uniones libres en la colonización americana del siglo XIX («commonlaw marriage», «self marriage», «marriage by more consent», «marriage by living and repute»), y los matrimonios de hecho en la Rusia postrevolucionaria, elegidos como reacción frente al sistema religioso y social anterior. En ambas situaciones, los respectivos Derechos nacionales equipararon las uniones libres a los matrimonios legales, y en ambos Estados sobrevino, poco tiempo después, un claro criterio de diferenciación entre unas y otros.

La relevancia jurídica de la convivencia «more uxorio» es innegable: de ahí que en todas las modernas legislaciones se empiece a tenerla en cuenta, aunque en campos muy concretos —derecho arrendaticio urbano, imposición fiscal, prestaciones de seguridad social.

La regulación del amor libre —dice el autor en sus últimas consideraciones sobre el tema— implica una exigencia que pesa sobre el legislador, de optar entre los intereses económico-sociales y los principios ético-sociales, o —como dice más adelante— entre la autonomía de los sujetos y la intervención pública. Afirma también el autor que el reconocimiento jurídico de la convivencia «more uxorio» lleva inexorablemente consigo una erosión del status auténticamente matrimonial, y que la admisión y regulación legal del divorcio favorece en gran manera el aumento de uniones libres. Concluye afirmando que en estos tiempos modernos en que el Estado adopta una posición no ideológica, y en que la presión social no incide ya apenas en la vida de los individuos, es previsible un aumento de familias sin matrimonio, y una generalización de su regulación legal. Por ello están surgiendo textos legales sobre la materia («body of cohabitation law, en el área del Derecho inglés), y está cobrando entidad un «Derecho de la convivencia extramatrimonial» (regulado ya unitariamente en algunos países, como Yugoslavia: Ley de 4 de junio de 1976), e incluso el Derecho de familia está ampliando su campo a estos fenómenos tradicionalmente extrafamiliares.

ADRIANO DE CUPIS: «Sulla pretesa esistenza della potestà dei genitori sui figli non riconosciuti». RDDC, 1981.

El Tribunal Constitucional italiano, en Sentencia de 8 de mayo de 1974 declaró contrario a la Constitución el artículo 279 del «Codice civile», por atribuir exclusivamente, a los hijos excluidos del reconocimiento y de la declaración judicial de paternidad o maternidad natural, el derecho a alimentos, y no reconocerles igualmente el derecho al mantenimiento, instrucción y educación. En la misma sentencia, el Tribunal Constitucional negó sin embargo la inconstitucionalidad del artículo 260 del mismo cuerpo legal, que priva a aquellos hijos de la patria potestad, afirmando que la obligación de mantener, educar e instruir a la prole no es inseparable de la patria potestad ni la presupone necesariamente. Al reformarse el Código civil por Ley de 19 de mayo de 1975, estos criterios jurisprudenciales fueron recogidos en el texto legal.

Tras la reforma de 1975, la importancia de la cuestión se ha reducido notablemente, pues la nueva regulación únicamente excluye de la posibilidad

de reconocimiento a los hijos incestuosos engendrados de mala fe. No obstante, la doctrina continúa discutiendo si los progenitores tienen, respecto de estos hijos, la patria potestad, y si los derechos-deberes de mantener, educar e instruir no implican, por sí mismos, esa potestad paterna. DE CUPIS analiza las opiniones doctrinales, deteniéndose especialmente en la del profesor BIANCA; afirma este autor, que si se considera que la patria potestad debe ejercitarse en exclusivo interés del menor, no puede privarse al hijo no reconocible de ese beneficio; además, el precepto constitucional que asegura a los nacidos fuera de matrimonio la protección jurídica y social debe inspirar la interpretación legal, por encima de todo argumento de índole histórica.

DE CUPIS sostiene que el remedio a favor del menor debe consistir en el nombramiento de un tutor, cuya elección debe recaer (conforme a la norma básica del artículo 248 del «Codice») en persona idónea para el cargo, de conducta intachable, que se comprometa a educar e instruir al menor conforme a lo prescrito en el artículo 147. El autor afirma que la tutela deberá ejercitarse en toda la plenitud de sus facultades. Los poderes no deben repartirse entre el progenitor y el tutor: reservar al progenitor el aspecto interno de la patria potestad —el contenido disciplinario, educativo y de custodia— y encomendar al tutor la representación en las relaciones con terceros, es una solución carente de todo respaldo positivo y absolutamente inadecuada en el plano moral, en cuanto supone la atribución, a un sujeto indigno, del aspecto más delicado de la potestad. Al progenitor debe corresponderle, como es lógico y justo, la sola obligación patrimonial del mantenimiento, instrucción y educación.

El autor se confiese contrario a la injerencia estatal en el ámbito de la familia. Pero cuando este organismo no puede surgir —termina diciendo—, es necesario recurrir, para la protección del menor, a una institución supletoria dotada de todas las garantías legales para la salvaguarda de los intereses de aquél.

II. DERECHO MERCANTIL

CESARE BIGNANI: «Riconoscimento e trattamento delle società straniere nell' ordinamento italiano: considerazioni sul significato del termine "società"». RDS, 1980.

Trata el autor como cuestiones preliminares, los mecanismos a través de los cuales las personas físicas o jurídicas extranjeras intervienen en la economía italiana —adquiriendo acciones de sociedades italianas, actuando directamente en ese territorio, constituyendo sociedades económicamente dependientes de la extranjera...—, los intereses privados en juego y los posibles intereses públicos en peligro. Plantea a continuación los problemas del reconocimiento y el tratamiento de las Sociedades extranjeras en Italia, que tienen su regulación básica en los artículos 16 y 17 de las «Disposizioni sulla legge in generale» que preceden al articulado del Código civil. Interpre-

tando tales preceptos, el autor considera que el artículo 17 resuelve la cuestión del «reconocimiento» de las sociedades extranjeras (al establecer que «el estado y la capacidad de las personas... se regulan por la ley del Estado al que pertenecen») y el artículo 16 la cuestión de su «tratamiento» («el extranjero es admitido a gozar de los derechos civiles atribuidos al ciudadano a condición de reciprocidad y salvas las disposiciones contenidas en leyes especiales»).

Determinados sujetos de Derecho reconocidos en otros países, como las «Anstalten» y las «Treuunternehmen» de Suiza y Liechtenstein, han suscitado grandes dudas a la hora de su reconocimiento en el territorio italiano, y ello ha dado lugar a abundante jurisprudencia que el autor analiza. El criterio para determinar este reconocimiento viene sin duda condicionado por los principios de orden público internacional italiano, que el Juez deberá valorar en cada caso concreto. **BIGNAMI** define el orden público internacional como «el complejo de principios fundamentales e inderogables en que se inspira un determinado Ordenamiento jurídico», y lo diferencia del orden público interno, al definir éste como «las normas no derogables por la voluntad privada». Analiza a continuación los posibles obstáculos al reconocimiento de Sociedades extranjeras que resume en tres fundamentales: la existencia de un sólo socio en la Sociedad, la limitación de responsabilidad y el anonimato de los socios.

GIOVANNI CASELLI: «Oggetto sociale e atti "ultra vires": dieci anni dopo».
RDS, 1980.

Recuerda el autor la nueva redacción que recibió el artículo 1.284 bis del Código civil en la reforma de 1969 («la no pertenencia al objeto social de los actos realizados por los administradores en nombre de la sociedad no puede ser opuesta a los terceros de buena fe»), y los numerosos problemas que el nuevo texto dejó en pie: qué debe entenderse por actos extraños al objeto social; que se entiende por buena fe, a los efectos de la inoponibilidad de tales actos a los terceros; sobre quién pesa la carga de la prueba en cuanto a la buena fe; a los anteriores problemas habría que añadir la cuestión básica que plantea esta materia: la eficacia delimitadora del objeto social respecto del ámbito de actuación de los administradores y de la propia sociedad.

En el Derecho comparado se perfilan dos tendencias fundamentales: la del Derecho inglés y norteamericano, que concibe el objeto social como un límite absoluto a la propia capacidad de la sociedad (la llamada doctrina de la «ultra vires the company»), y la tendencia opuesta del Derecho alemán, que afirma enérgicamente la imposibilidad de restringir la capacidad de la sociedad a los estrechos límites de su objeto social. El problema que late tras la cuestión de la eficacia limitadora del objeto social es el de la protección de los terceros; la tesis alemana opone a la inglesa que la incertidumbre de los terceros sobre la inclusión o pertenencia de cada acto concreto al objeto social crea una grave inseguridad jurídica y conduce a la paralización del tráfico jurídico. Dos importantes sentencias de la «Corte di Cas-

sazione» —20 de junio de 1958 y 25 de octubre de 1958— introdujeron en Italia el primer criterio indicado, afirmando que «la sociedad puede realizar exclusivamente los actos indicados en el acto constitutivo, en la cláusula relativa al objeto social». Ello dió lugar a enumeraciones prolijas —y nunca suficientes— que trataban de describir exhaustivamente la actividad de la Sociedad.

La doctrina reaccionó frente a la tesis jurisprudencial y frente a la práctica notarial: no es el tipo de acto en sí mismo considerado —afirmaron los autores— el que termina su pertenencia o no al objeto social, sino la relación que existe, en cada caso concreto, entre acto determinado y un objeto social determinado. ASCARELLI y FERRI añadieron aún más: si ha de tenerse en cuenta la relación que existe en cada caso concreto, no cabe establecer «a priori» si un determinado acto o no «instrumental» para la realización de una actividad determinada.

Afirma CASELLI que la necesidad de dar un contenido concreto al artículo 2.384 exige determinar un criterio objetivo que permita afirmar que un acto pertenece al objeto social o es extraño a él. Participando de la doctrina de que no es el tipo de acto en general, sino cada acto concreto el que debe examinarse, considera ese autor que debe tenerse en cuenta un criterio cuantitativo: debe existir proporción entre los recursos empleados y la importancia económica de la actividad social.

STEFANIA PACCHI PESUCCI: «Rasegna di diritto societario». RDS, 1980.

Interesante resumen de la doctrina de la «Corte di Cassazione», que se centra en el cuatrienio 1973 a 1976 y trata tres únicas materias: transformación, fusión y disolución de sociedades.

La autora completa la exposición de Jurisprudencia con una sucinta referencia a la doctrina de los autores, indicando si comparten o rebaten los criterios del Alto Tribunal y remitiendo al lugar exacto de sus obras o artículos donde exponen sus argumentos.

Sistematiza su exposición distinguiendo los siguientes temas: en materia de transformación, su naturaleza jurídica, ámbito de aplicación, transformación tácita, requisitos para la transformación de sociedades, transformación de sociedad capitalista con un único socio en personalista, transformación de cooperativa de responsabilidad ilimitada en cooperativa de responsabilidad limitada, límites al juicio de homologación, efectos de la transformación, extensión de la quiebra a los socios con responsabilidad ilimitada, nulidad de la transformación. En materia de fusión, y tras estudiar su naturaleza jurídica y los límites de aquélla, expone lo relativo a los balances, al procedimiento de fusión, a la oposición de los acreedores y a la fusión entre sociedades capitalistas y personalistas. Respecto de la disolución, trata sucesivamente de las causas que pueden provocarla, de la prohibición que pesa sobre los administradores de iniciar nuevas operaciones, de los deberes y responsabilidades de aquéllos, y de la revocación de sus cargos, de la representación procesal de la sociedad en fase de liquidación, de la revocación del estado de liquidación y de la extinción de la sociedad.

Especial profundidad en la exposición —por aportar también sentencias de tribunales inferiores y por analizar las posiciones doctrinales— revisten los apartados dedicados a la naturaleza jurídica de la transformación (en que se expone la llamada tesis de la génesis derivativa), a la naturaleza jurídica de la fusión (en que se contraponen la tesis extintivo-constitutiva y la tesis modificativa de PORTALE), al problema de la transformación tácita y a la llamada de revocación de la liquidación.

NICOLA GASPERONI: «Grandi imprese in crisi e amministrazione straordinaria». RDDC, 1981.

El autor examina, desde una perspectiva crítica, las principales disposiciones de la ley de 3 de abril de 1979 sobre procedimientos urgentes para la administración extraordinaria de las grandes empresas en crisis. Perfilan las diferencias entre la «amministrazione straordinaria» y la «liquidazione coatta amministrativa» (que regulan los artículos 194 y siguientes de la Ley de quiebras de 1942), afirmando que —tras el estudio de la reciente normativa— no cabe considerar a la primera como un nuevo procedimiento de ejecución colectiva, sino como una subespecie de la segunda.

En cuanto al ámbito de aplicación de la ley, el autor considera que queda circunscrito a las sociedades de capital —a pesar de los términos amplios con que se produce el artículo 1.º—, y en cuanto a los requisitos objetivos para el sometimiento a la ley (insolvencia o impago de tres mensualidades de retribución), GASPERONI critica la formulación disyuntiva, entendiendo que el segundo caso debe englobarse en el primero. El juicio adverso del autor respecto de la nueva ley se extiende primero al articulado —concretamente el artículo 3.º, que modifica la general regulación de la responsabilidad de los administradores, y a los artículos 4 y 5— para alcanzar luego al texto legal en su conjunto —afirmando su inconstitucionalidad— y a su propio fundamento: según el autor, la tutela del aparato productivo nacional no se logra con la indiscriminada salvación de empresas en crisis.

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

LIMITACIONES LEGALES A LA RENTA PACTADA CON CLAUSULA DE ACTUALIZACION EN UN ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO

(Comentario a la Sentencia del T. S. de 11 abril 1981)

SUMARIO: 1. El caso planteado y la resolución de los Tribunales.—
2. Las cuestiones planteadas ante las limitaciones legales a la
renta pactada.—3. El alcance de la legislación coyuntural sobre la
limitación de la renta a los arrendamientos urbanos de vivienda y
local de negocio.

1. EL CASO PLANTEADO Y LA RESOLUCION DE LOS TRIBUNALES

Por contrato de arrendamiento urbano de 27 de junio de 1968, la Sociedad V. S. A. arrienda a la Sociedad A. E. Inc. un local de negocio, por una renta mensual de 150.000 pesetas. Además, en la cláusula tercera de dicho contrato, se concreta que: "El presente contrato de arrendamiento tendrá un período de duración de un año, por mensualidades anticipadas antes del día 5 de cada mes. El precio de arrendamiento regirá durante el año de plazo convenido y primera prórroga, o sea, hasta los dos años. Cada dos años, caso de que el arrendatario hiciera uso de su derecho a nuevas prórrogas, el canon arrendaticio será revisado modificando, en su caso, la renta anual anterior a la fecha de revisión, en aquella cantidad necesaria para que la nueva renta que resulte mantenga con la inicial de este contrato la misma proporción que guarda la media del índice general del coste de la vida, relativo al primer semestre del año natural anterior al de la revisión, a tenor del Boletín del Instituto Nacional de Estadística.

La renta contractual fue modificada por sucesivas revisiones; a partir del año 1974, la renta quedó fijada en 216.375 pesetas mensuales y después del primero de julio de 1976, por nueva revisión, quedaba fijada en 275.229 pesetas mensuales, debido a la limitación, que para las rentas en situación de prórroga forzosa y con pacto de estabilización, había ordenado el Decreto-Ley 13, de 17 de noviembre de 1975. Sin embargo, la sociedad arrendadora pretende al año siguiente de 1977, un nuevo incremento de la renta en base a que los índices del coste de la vida no eran todavía conocidos, pero sí lo fueron con posterioridad

durante el año; rechazando dicho aumento por el arrendatario, se plantea demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, que dicta Sentencia el 24 de octubre de 1977, estimando legítimo el aumento de la renta mensual en 19.176 pesetas más del local de negocio.

Que contra la anterior sentencia se interpone recurso de apelación por la sociedad arrendataria ante la Audiencia Territorial, la cual viene a revocar en todas sus partes dicha sentencia. La Sociedad arrendadora interpone recurso de casación por infracción de ley ante el Tribunal Supremo; éste, por Sentencia de 11 de abril de 1981, confirma la sentencia del anterior y declara no haber lugar al recurso de casación, en base a los siguientes considerados: "Que el único tema en torno del que gira el presente recurso, se refiere a la revisión de la renta en un contrato de arrendamiento de local de negocio... con un sistema revisor, que se cumplió puntualmente, por el que la renta inicial se habla convertido para el mes de julio de mil novecientos setenta y cuatro, en la cantidad de doscientas dieciseis mil trescientas setenta y cinco pesetas, resultando interrumpido por el Decreto-Ley de diecisiete de noviembre de mil novecientos setenta y cinco, cuyo artículo 15 dispuso que desde su fecha "hasta el treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y seis inclusive, los incrementos de las rentas en los arrendamientos urbanos, en situación de prórroga legal, que sean procedentes por disposición de la Ley, por determinación del Gobierno, por revisión legalmente autorizada o por pacto expreso de las partes, no podrán suponer elevaciones que excedan del aumento medio experimentado en los dos años inmediatamente anteriores a la fecha del incremento o de la revisión, por el índice específico del coste de la vivienda, publicado por el Instituto Nacional de Estadística".

"Que el argumento de la entidad arrendadora sobre el que basa el único motivo de su recurso, consiste en decir que el Decreto-Ley de diecisiete de noviembre de mil novecientos setenta y cinco, reduce su vigencia en el artículo 15 al plazo que va desde su fecha hasta el treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y seis, recuperando entonces (concretamente desde el primero de enero de mil novecientos setenta y siete) todo su valor las cláusulas de revisión convencionalmente pactadas; a las que no podía afectar las disposiciones posteriores dictadas en el mismo sentido, como son el "Real Decreto-Ley de cuatro de enero de mil novecientos setenta y ocho en los artículos primero y segundo, preceptos que, con amparo en el número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, se dice que fueron erróneamente interpretados; lo cual es, sin embargo, contrario por completo a la realidad, siendo obligada la desestimación del motivo, porque sí bien es cierto que aquella vigencia del Decreto-Ley de mil novecientos setenta y cinco termina el treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y seis, no lo es menos que antes de esta fecha se promulga el de ocho de octubre del mismo año que tiene otro año de vigencia, concebido en los mismos términos y referido a los mismos arrendamientos en prórroga legal cuya renta pactada puede ser revisada; lo que asimismo sucedió con el Real Decreto-Ley de cuatro de enero de

mil novecientos setenta y ocho y continúa ocurriendo con los dictados con posterioridad, lo que impide pensar en una irretroactividad no establecida expresamente, cuando de modo expreso se les considera aplicables a los mencionados contratos; de acuerdo, todo ello, como muy bien dice la sentencia recurrida con la directriz legalmente perseguida consistente en establecer un régimen general y uniforme en la regulación de la elevación de las rentas que, por su carácter, sentido y fines, no permite establecer excepciones, ni excluir por razón del tiempo a los comprendidos en los plazos a que alcanza la vigencia”.

2. LAS CUESTIONES PLANTEADAS ANTE LAS LIMITACIONES LEGALES A LA RENTA PACTADA

El caso enjuiciado, correspondiente a un contrato de arrendamiento de local de negocio, si bien se centró en una mera cuestión cuantitativa respecto a la renta, que había de ser revisada cada dos años, conforme al índice general del coste de la vida (conjunto nacional) establecido por el “Instituto Nacional de Estadística”, no obstante, presenta nuevos aspectos de interés interpretativo en cuanto que, encuadrado en la década de los años setenta, dentro de ella se produce una política económica restrictiva que legalmente limitará los efectos de la inicial autonomía de la voluntad de las partes a propósito de la actualización de dicha renta.

El primer aspecto de relevante consideración, pues, se refiere al conjunto de disposiciones normativas excepcionales que en esta década aparecen sobre la limitación de los precios o rentas del arrendamiento urbano y que “originan un cuerpo de disposiciones”, según expresa la Audiencia Territorial, o “un régimen general y uniforme” en la regulación de la elevación de las rentas, según confirma el Tribunal Supremo.

El segundo aspecto es interpretativo y una consecuencia del primero, en cuanto se refiere a las pretensiones del arrendador de querer interrumpir y aislar la vigencia de una disposición normativa, el artículo 15 del Decreto-Ley 13, de 17 de noviembre de 1975, frente a las disposiciones posteriores, por lo que la sentencia recurrida tuvo que afirmar que no “se puedan señalar períodos de “vacatio legis” que hagan renacer la vigencia de la cláusula suspendida en sus efectos”, confirmando el Tribunal Supremo que tal régimen legal “no permite establecer excepciones, ni excluir por razón del tiempo a los comprendidos en los plazos a que alcanza la vigencia”.

El alcance interpretativo de esta Sentencia, tiene, pues, gran importancia, puesto que las anteriores de 13 de febrero y 10 de noviembre de 1980, tan sólo se refieren a esta legislación especial y limitativa de las rentas pactadas de los arrendamientos urbanos y en periodo de prórroga forzosa de una manera muy somera y genérica, expresando que “los Reales Decretos-Leyes de 8 de octubre de 1976, 4 de enero de 1978 y 29 de diciembre de 1979, limitan el “quantum” de los incrementos de las rentas en situación de prórroga”.

La doctrina científica (1), por su parte, también ha examinado la repercusión que esta legislación adicional plantea en el modo de llevar a cabo las reducciones de la renta conforme a los índices del coste de la vida y a partir de la Orden de 27 de agosto de 1977, concretamente para los arrendamientos urbanos dentro del sistema de "Índices de Precios de Consumo", del subgrupo de "Alquileres".

3. EL ALCANCE DE LA LEGISLACION COYUNTURAL SOBRE LA LIMITACION DE LA RENTA A LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS DE VIVIENDA Y LOCAL DE NEGOCIO

El legislador del año 1964, al redactar la revisión del texto legal de la normativa especial para los contratos de arrendamiento urbano, en su artículo 100, párrafo 1, estableció concretamente que: "la renta y las cantidades asimiladas a ella en las viviendas comprendidas en el número 2 del artículo 6.º y de los locales de negocio que se encuentren en período de prórroga legal se adaptarán cada dos años a las variaciones del coste de la vida, mediante Decreto aprobado por Consejo de Ministros, que aplicará a la renta revalorizada el índice ponderado fijado por la Dirección General de Estadística (hoy Instituto Nacional de Estadística) si las partes no hubiesen convenido de modo expreso otro sistema de actualización".

De acuerdo con esta norma, el Gobierno decretó la posibilidad de revalorizar la renta de aquellos contratos de inquilinato (viviendas y locales del negocio) con rentas anteriores al año 1956, que estaban en situación de prórroga legal, a través de sucesivas disposiciones, como fueron los Decretos de 16 de junio 1966, de 13 de julio 1967, de 11 de junio de 1970, de 1 de marzo de 1971 y de 15 de junio y 23 de diciembre de 1972.

Este último Decreto comprendía los contratos de arrendamiento de viviendas y locales de negocio que fueron concertados después de 11 de mayo de 1956 y antes del 1 de julio de 1964 y que, además, contaban ya cinco años de prórroga legal.

Pero, a partir de este año de 1972 hasta la fecha actual de 1982, no se ha vuelto a producir ninguna revalorización en base a la disposición del párrafo primero de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, a pesar de los graves perjuicios económicos que de la inflación declarada se derivan para la contratación de tracto sucesivo o a largo plazo, como es la arrendaticia (2). Por el contrario, en estos últimos diez años hemos visto

(1) Cfr. GONZÁLEZ PORRAS, *Limitaciones legales a posibles aumentos de las rentas urbanas*, en "Revista de Derecho Privado" (julio-agosto 1978), p. 583; FUENTES LOJO, *El nuevo Real Decreto-Ley de 26 de diciembre de 1978 sobre limitaciones de rentas*, en "Administración Rústica y Urbana", 33 (abril-junio 1979), p. 40; BONET CORREA, *La nueva normativa sobre el aumento y la liberalización de las rentas actualizadas en los contratos de arrendamientos urbanos*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XXXIV-2 (1981), p. 377.

(2) Cfr. HERNÁNDEZ GIL, *Inflación y contratos privados, nominalismo formalista; remedios para combatir la inflación*, en "Aspectos jurídicos.

surgir una legislación coyuntural que va a restringir o limitar aquel único ámbito en el que por previsión y pacto de las partes, permitía establecer cláusulas de actualización de la renta, bien por un aumento pactado (art. 98 LAU), o ya por estabilización (art. 100, 1, "in fine" LAU).

La legislación especial coyuntural comienza con el Decreto-Ley 15, de 27 de noviembre de 1967, que en su artículo 6.º suspende la facultad conferida al Gobierno para determinar nuevos porcentajes de incremento de la renta en los arrendamientos urbanos hasta el 31 de diciembre de 1968. Si bien otro Decreto-Ley 22, de 9 de diciembre de 1969, en su artículo 4, hacía desaparecer la limitación anterior a partir de 1 de enero de 1970 —lo que permite volver a que se decreten hasta 1972 nuevas revisiones de renta— de nuevo se vuelven a limitar las rentas con pacto de actualización por el Decreto-Ley 2, de 7 de abril de 1975, y los sucesivos de 17 de noviembre de 1975, los Reales Decretos-Leyes 18, de 8 de octubre de 1976, el 3, de 4 de enero de 1978, y 49, de 26 de diciembre del mismo año, el 21, de 19 de enero de 1979, hasta la Ley 46, de 1 de octubre de 1980; la limitación alcanzará al índice de valor, "Alquileres", comprendido en los "Índices de Precios al Consumo" del Instituto Nacional de Estadística (3).

El caso de autos, pues, se ve afectado por el Decreto-Ley 13, de 17 de noviembre de 1975, que aprobará un programa de financiación de viviendas y restringirá no sólo la posibilidad de revalorización de las rentas por el Gobierno, sino también las pactadas con cláusulas de actualización. En el artículo 14 de este Decreto-Ley se dispone que: "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". En su artículo 15, además, ordena que: "1. A partir de la publicación del presente Decreto-Ley y hasta 31 de diciembre de 1976, inclusive, los incrementos de las rentas en los arrendamientos urbanos, en situación de prórroga legal, que sean precedentes por disposición de la Ley, determinación del Gobierno, por revisión legalmente autorizada o por pacto expreso de las partes, no podrán suponer elevaciones que excedan del aumento medio experimentado en los dos años inmediatamente anteriores a la fecha del incremento o de la revisión, por el índice específico del coste de la vivienda, incluido en el índice general del coste de la vida, publicado por el Instituto Nacional de Estadística. Esta limitación no afectará a los incrementos que procedan por repercusión en el coste de los servicios y suministros, obras de reparación necesarias y demás cantidades asimiladas a renta" (4).

de la inflación". Ministerio de Hacienda. Madrid, 1976; FLORES MICHEO, *Desvalorización monetaria y sus repercusiones en el Derecho civil*, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 540 (1980), p. 1037; SANTIAGO DE PABLO, *La reactivación de la construcción en un mundo inflacionario*, en "Papeles de la Economía Española", Madrid, 1980, p. 164.

(3) V. Resoluciones de 17 de enero, 7 de marzo, 27 de abril, 13 junio y 10 julio 1979; cfr. ARANZADI: *Repertorio Legislativo*. Año 1979, número 1.694.

(4) Sobre las cuestiones que plantean estas repercusiones, cfr. FUENTES LOJO, *Repercusiones por reparaciones y servicios en los contratos de*

Los posteriores Reales Decreto-Leyes 18, de 8 de octubre de 1976, 3, de 4 enero de 1978, y 21, de 19 de diciembre de 1979, repetirán literalmente, con ligeras modificaciones lo expuesto por el anterior, cuya situación será modificada por el Real Decreto-Ley 15, de 12 de diciembre de 1980, en el sentido de que la limitación sólo alcanzará hasta el 31 de diciembre de 1981 para las viviendas y, transcurrido dicho plazo, los arrendamientos con cláusulas de actualización, podrán ser revisados en los términos previstos en las mismas; para los locales de negocio se liberalizaba la limitación y a partir del 1 de enero de 1981, tienen toda su eficacia las cláusulas de actualización pactadas por las partes en sus contratos.

De este modo, resulta que dicha legislación especial, por su continuidad y uniformidad, establecía un régimen conjunto que no permitía —según pretendió el arrendador— una aplicación aislada y compartimentada respecto a los efectos del pacto de actualización, sino que abarcaba en su alcance todo el espectro de las relaciones contractuales arrendaticias.

La interpretación es puesta de relieve de modo claro y preciso por la Sentencia actual cuando manifiesta, a propósito de estas disposiciones legales, “que impide pensar en una irretroactividad no establecida expresamente”, o que, “con la directriz legalmente perseguida consistente en establecer un régimen general y uniforme en la elevación de la regulación de las rentas, que, por su carácter, sentido y fines, no permite establecer excepciones, ni excluir por razón del tiempo a los comprendidos en los plazos a que alcanza la vigencia”.

JOSÉ BONET CORREA

arrendamiento anteriores al 12 de mayo de 1956, aun habiéndose producido la revalorización, en “Administración Rústica y Urbana, 33 (abril-junio 1979), p. 50, y Repercusiones por reparaciones y gastos de servicios comunes, en “Administración Rústica y Urbana”, 41 (julio-septiembre 1981), pp. 3 ss.

II. SENTENCIAS

A cargo de Jesús DIEZ DEL CORRAL y Alberto MANZANARES

I. DERECHO CIVIL

3. Obligaciones y contratos.

1. *Error de hecho en la apreciación de la prueba. Documentos auténticos.* Han de rechazarse estos motivos porque los documentos auténticos que se aducen (varias sentencias penales firmes contra MATESA), los tuvo a la vista y tomó en consideración el juzgador de instancia, aparte de que esos motivos son reproducción exacta de los que, para recursos que contemplaban sentencias de contenido idéntico al de la aquí combatida, desecharon las sentencias de esta Sala de 3 de noviembre de 1981, 22 de noviembre de 1979 y 30 de diciembre de 1978.

Cosa juzgada penal.—La Sala de instancia no ignora la realidad de lo decidido por la jurisdicción represiva, pero entiende que la cosa juzgada penal no genera por su sola virtud la nulidad en el orden civil de los contratos de préstamo y seguro, como si de algo irreal se tratase, porque el dolo causante de los organismos directivos de MATESA en modo alguno contradice la palmaria realidad de la consumación del mutuo con entrega dineraria por parte del Banco de Crédito Industrial, cantidad que MATESA recibió en ejecución de un negocio verdadero.

Causa del contrato de préstamo.—Reiterando la doctrina establecida en las sentencias citadas hay que señalar que la penalización de la conducta de los rectores de MATESA, como incursa en la tipología de estafa, no conlleva que el contrato de préstamo carezca de verdadera causa o que ésta esté teñida de ilicitud, en cuanto el negocio de mutuo ha tenido incontestable existencia con desplazamiento patrimonial evidente.

Causa concreta.—Aun operando en este campo ha de separarse el móvil individual y oculto que abriga cualquiera de los contratantes de lo que es propiamente el móvil incorporado a la causa y como tal integrado en el acuerdo bilateral, ya que por mucho que se acentúe el criterio subjetivista siempre será menester para llegar a causalizar una finalidad concreta que el propósito de que se trate venga perseguido por ambas partes y trascienda al acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo.

Causa y motivos.—La causa no puede ser confundida con el fin individual (mero interés o motivo) que animó a cada contratante en su proceder, de modo que para que los motivos subjetivos de los otorgantes repercutan

en la plenitud del negocio, será necesario que, conocidos por ambos intervinientes, hayan sido elevados a presupuesto determinante del pacto concertado, operando a manera de causa impulsiva.

Causa ilícita. Código italiano.—La ilicitud de la causa aludida en el artículo 1.275 Código civil descansa en una finalidad comercial contraria a la ley o a la moral y común a todas las partes, exigencia de la comunidad de propósitos rotundamente impuesta por alguno de los textos de mayor prestigio en el Derecho comparado, siendo ejemplo típico el artículo 1.345 del Código civil italiano.

Préstamo y seguro coligados.—Pese a su conexión responden a causas distintas, sin que la condena penal afectante al contrato de préstamo tenga nada que ver a los fines de la causa con la típica y propia del contrato de seguro.

Ilicitud penal y dolo civil.—Esa ilicitud podrá constituir una manifestación de dolo civil del artículo 1.269 Código civil, pero la acción derivada de éste no opera «ipso iure» en cuanto es una nulidad relativa, sino que precisa el ejercicio de la acción atribuida exclusivamente a la parte víctima del acto viciado y de utilización prohibida para quienes emplearon el dolo. (Sentencia de 22 de diciembre de 1981; no ha lugar.)

2. *Rescisión por lesión «ultra dimidium» en Cataluña. Promesa de venta.* La rescisión por lesión de los contratos de compraventa, permuta y demás de carácter oneroso relativos a bienes-inmuebles, que reconoce el artículo 323 de la Compilación, presupone en caso de promesa de venta que haya que atender al justo precio en el momento en que se verifique la enajenación, no cuando se convino la promesa.

Cláusula especial del contrato. Interpretación.—La cláusula pactada de que bajo ningún pretexto pueda variarse el precio fijado no puede interpretarse en el sentido de revelar un ánimo de liberalidad en la promitente que impediría la resolución del contrato por lesión «ultra dimidium», porque ello implicaría una renuncia tácita al ejercicio de la acción efectuada con anterioridad al propio nacimiento de la acción, con olvido de que no se puede renunciar a un derecho todavía no nacido y de que tal renuncia iría en perjuicio de tercero, cual es la heredera actual recurrida, y por consiguiente sería ineficaz a tenor del artículo 6, párrafo segundo, Código civil, máxime cuando la renuncia de derechos concedidos por las leyes requiere para ser eficaz, según constante doctrina de esta Sala, que se haga de forma clara y terminante, sin que pueda deducirse de actos o expresiones de dudosa significación.

Rescisión por lesión en Cataluña.—No se exige para el ejercicio de la acción otra circunstancia que el menor precio de la venta, lo que es lógico dado que no podía crearse una causa específica de rescisión contractual a la que hubiera que añadir para su eficacia otros motivos de nulidad o rescisión que cual el engaño, el dolo o la violencia son de general aplicación a todos los tiempos y Códigos.

Interpretación de contrato. Animo de liberalidad.—No puede acogerse la infracción denunciada por aplicación indebida del artículo 1.282 Código civil, en cuanto que los actos coetáneos y posteriores revelan un «animus donandi», ya que no se ha concretado a qué actos se refieren los recurrentes, no aparece evidente que la sentencia impugnada haya aplicado tal artículo y, en todo caso, no se ha probado que la interpretación del tribunal «a quo» haya sido desorbitada o arbitraria. (Sentencia de 18 de marzo de 1982; no ha lugar.)

3. *Litis-consorcio pasivo necesario. Nulidad de una compraventa.*—Para discernir entre las situaciones de litis-consorcio y las que no lo son ha de efectuarse el análisis de los pedimentos de la demanda, en la que, si se solicitó la nulidad del contrato de compraventa, no era para obtener con base en tal declaración algún efecto derivado de la ineficacia negocial, sino para reivindicar la finca objeto de la venta, desarrollándose así la cuestión litigiosa, no en el plano de las obligaciones y contratos, sino en el de la atribución actual del derecho de propiedad y de la correlativa titularidad registral, por todo lo que está bien dirigida la demanda contra la compradora, sin que haya que traer a juicio al marido de ésta, que confesó el carácter parafernial del dinero de la compra, ni al vendedor. (Sentencia de 9 de marzo de 1982; no ha lugar.)

4. *Acción divisoria de arrendamiento. Liticonsorcio pasivo necesario.*—El Tribunal Supremo afirma que, según doctrina recogida en Sentencias de 5-7-1976, 12-3-1977, 24-3-1979 y 21-4-1979, entre otras, «cuando la cuestión planteada afecta a quienes no han sido llamados al proceso, debe estimarse mal constituida la relación jurídica procesal, con absolución en la instancia, para evitar la condena de quienes no han sido parte o la posibilidad de sentencias contradictorias, y que para apreciar la «exceptio plurium litisconsorcium» es indispensable que la parte no traída a juicio aparezca interesada en la relación controvertida, de manera que al no intervenir en el proceso la sentencia carecerá de eficacia, y sus pronunciamientos serán inejecutables por no haber sido llamado al debate uno de los sujetos integrantes de la situación conflictiva». (Sentencia de 30 de enero de 1982; no ha lugar.)

El Tribunal Supremo matiza así su doctrina: «Es también doctrina sabida que matiza lo antes expuesto, según sentencias de 26-3-1979, que el problema del litisconsorcio pasivo necesario, presupuesto procesal en nuestro sistema, tiene su base en una relación de derecho material que por afectar a varias personas, activa o pasivamente, exige una solución procesal unitaria o común en cuanto a los sujetos en aquella implicados, bien por razón de una titularidad conjunta respecto de un patrimonio común, sea por obra de la indivisibilidad de las prestaciones, ora por referencia a materias de estado civil y con relación a las personas estrictamente interesadas, o bien ante la existencia de terceras a las que la sentencia puede afectar en su interés legalmente protegido, por lo que, en este aspecto, si la relación de derecho material, la vinculación de las personas a una situación jurídica o a una relación obligacional no aparece evidente, bien por ajenidad al acto»

o relación jurídica (artículo 1.257 Código civil), o porque los efectos de la cosa juzgada no van a repercutir en los mismos debido a los límites propios de aquélla (artículo 1.212 Código civil), es claro que no puede hablarse de situación litisconsorcial, ni apreciarse la misma, ya de oficio, ya por denuncia de la parte, justamente porque entonces los no llamados al proceso están suficientemente garantizados en sus derechos sustantivos y procesales al permanecer intactas sus defensas de todo orden.»

HECHOS.—El actor y el demandado eran hermanos y coarrendatarios de un local de negocio por contrato concertado con la usufructuaria de dicho local. Las relaciones entre ambos hermanos habían sido tirantes últimamente, por lo que el actor decidió poner fin a las mismas traspasando el local, a lo que se opuso el demandado. El actor formuló demanda de mayor cuantía ejercitando la acción divisoria de cosa común, y solicitando se procediera al traspaso mediante pública subasta con admisión de licitadores extraños y notificación a la arrendadora. El demandado opuso, entre otros motivos, la excepción de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse demandado a la arrendadora. El Juzgado de 1.ª Instancia dictó sentencia estimando íntegramente la demanda; apelada la sentencia, la Audiencia Territorial la confirmó. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

5. *Arrendamientos urbanos. Revisión de renta: aceptación tácita de arrendatario por contestar fuera de plazo.*—El Tribunal Supremo parte del artículo 101-1.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que establece que «dentro de los treinta días siguientes el inquilino o arrendatario comunicará al arrendador si acepta o no la obligación de pago propuesta, interpretándose su silencio como aceptación tácita, para afirmar que en el caso de autos el plazo de treinta días había transcurrido con exceso, ya que la notificación del arrendador es de 6 de mayo de 1976, lo que lleva consigo la aceptación tácita que prescribe la Ley, no susceptible de rectificación ni subsanación con el comunicado tardío, habida cuenta del carácter preclusivo del término. (Sentencia de 26 de marzo de 1982; ha lugar.)

6. *Arrendamiento urbano. Naturaleza: Arrendamiento de temporada.*—El Tribunal Supremo califica el contrato de arrendamiento como arrendamiento de temporada, incluido en el artículo 20-1.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos y por tanto excluido de las normas reguladoras de la misma, afirmando que «la nota esencial del arrendamiento de temporada es la de haberse convenido el uso y disfrute, mediante el pago de la renta correspondiente, de una vivienda o local de negocio durante un plazo concertado en atención, no a la necesidad permanente que el arrendatario tenga de ocupar aquélla para que le sirva de habitual residencia familiar o un local donde establecer con carácter permanente un negocio o industria, sino para desarrollar de una manera accidental y en una época determinada estas actividades negociales o para habitar transitoriamente y por razones diversas, debiendo entenderse este requisito de «temporalidad» de un modo amplio y flexible cuando claramente se infiera que el uso u ocupación de que el inmueble es objeto responde a exigencias circunstanciales, esporádicas o accidentales determinantes del contrato y elevadas expresamente a la condición de causa por las partes, como sucede en el presente caso, y no a la necesidad de habitar permanentemente o

de la adecuada instalación del negocio e industria de ininterrumpido desenvolvimiento, ya que el requisito de la temporalidad de la ocupación guarda relación no con el plazo de duración simplemente cronológico, sino con la finalidad a que va encaminado el arrendamiento determinante de su ocupación, y así lo tiene declarado la doctrina jurisprudencial de esta Sala en Sentencias de 7-12-1960, 8-2-1962, 30-3-1974, 4-2-1975 y 30-6-1976, según las cuales la exclusión de los arrendamientos de temporada de la legislación especial obedece no a venir impuesta por la necesidad de residencia, sino por otras finalidades distintas y complejas, debiendo tenerse en cuenta los hechos de los que cabe inferir la voluntad de las partes. (Sentencia de 19 de febrero de 1982; no ha lugar.)

La actora y la entidad demandada habían concertado un contrato de arrendamiento por un año de un local propiedad de aquélla, pactando la siguiente cláusula: «Se expresa de modo especial el motivo del presente arrendamiento que es la necesidad que tiene la entidad arrendataria de ocupar este inmueble mientras realiza unas obras en otros locales de que dispone. Se le cede en arrendamiento por este motivo y con la condición especial de no haber prórroga, a no ser que se hagan expresamente por convenio entre las interesadas y limitadas a la terminación de las referidas obras».

Al término del plazo pactado el contrato se prorrogó sucesivamente por tres años mediante prórrogas anuales. Transcurrido este tiempo, la actora formuló demanda de desahucio contra la arrendataria. El Juzgado de 1.ª Instancia dictó sentencia estimando la demanda y la Audiencia la confirmó. El Tribunal Supremo decretó no haber lugar al recurso de casación.

7. Arrendamiento rústico. Apreciación de la prueba: error de Derecho. Prueba pericial.—El Tribunal Supremo desestima el recurso afirmando que el error de Derecho alegado por el recurrente sólo se produce cuando el Tribunal desconoce la singular eficacia probatoria que la Ley otorga a un determinado medio de prueba, siendo por ello indispensable que se haga la debida expresión de cuál sea la norma probatoria en que se aloja esa singular virtualidad que el Juzgador de Instancia desconoció y que el recurso de revisión está llamado a reconocerle restableciendo su singularidad, y también, y más radicalmente aún, porque no se da en este caso el manifiesto error en la apreciación de la prueba documental, única practicada, al tomarse la afirmación de la realidad y la cuantía de los daños inferidos en la finca rústica del certificado autorizado por el Perito Agrícola; y a esa apreciación de la prueba producida no se le puede tildar de errónea en Derecho, siquiera sea cierto —y en ello parece estribar el recurso— que la prueba pericial haya de practicarse ajustándose a lo dispuesto en los artículos 610 a 618 y 626 a 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ofreciéndose a la parte contraria la posibilidad de ampliarla en otros extremos de su interés, designándose el perito o peritos mediante acuerdo o por la suerte, y pudiendo ambas partes concurrir al acto del reconocimiento pericial y hacer a los peritos las observaciones que estimen oportunas y solicitar de los mismos en el acto de la declaración o ratificación, a través del Juez, las explicaciones oportunas para el esclareci-

miento de los hechos, nada de lo cual es viable si la intervención del peritaje es anterior al juicio y se refleja en un documento que luego es ratificado a presencia judicial, razones por las cuales no se puede reconocer tal carácter, sino el de prueba documental, al certificado circunstanciado. (Sentencia de 15 de enero de 1982; no ha lugar.)

Don J. del P. T., propietario de una finca rústica, había concertado contrato de arrendamiento de la misma con don J. J. M. M., y formuló contra éste demanda de Proceso Especial de la Ley de Arrendamientos Rústicos sobre resolución de contrato, alegando que el arrendatario había resuelto unilateralmente el contrato de arrendamiento, abandonando la finca y dejándola incultivada, por lo que le había ocasionado serios perjuicios, y solicitaba se declarase resuelto el contrato por incumplimiento del arrendatario y se condenase a éste a abonarle una indemnización por daños y perjuicios.

El Juzgado de 1.ª Instancia estimó parcialmente la demanda, considerando resuelto el contrato de arrendamiento rústico por acuerdo de las partes y fijando una indemnización por los daños causados de acuerdo con un dictamen pericial. La Audiencia Territorial confirmó la sentencia y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

4. Derechos reales.

8. *Acción reivindicatoria. Prueba de testigos.*—El Tribunal Supremo confirma la tesis de la Audiencia, que había negado al ahora recurrente legitimación para ejercitar la acción reivindicatoria al llegar a la conclusión de que la finca reivindicada no era propiedad del recurrente sino de un hermano suyo, basándose para ello, a pesar de que tal finca estaba inscrita a favor del recurrente en el Registro de la Propiedad, en una declaración testifical y en la fotocopia de un documento privado en que el recurrente afirma que la citada finca, a pesar de estar inscrita a su nombre, era propiedad de su hermano.

El Tribunal Supremo afirma que la Sala sentenciadora en la instancia había adquirido la convicción de que el trozo de finca reivindicado no pertenecía al ahora recurrente sino a su hermano, apreciando en uso de sus privativas facultades que otras pruebas diferentes desvirtuaban la realidad del contenido de los documentos aportados por el actor, y contra la apreciación que de la prueba testifical hagan los Tribunales «a quo» en uso de la facultad que tanto el artículo 1.218 como el 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se da el recurso de casación, pues ambos artículos dejan al arbitrio del Juzgador de instancia conforme a las reglas de la sana crítica, la graduación de la fuerza de aquella prueba, ya que ha quedado sin efecto el antiguo aforismo «*unus testis, nullus testis*», y, en general, todos los preceptos del antiguo derecho tasando la repetida prueba (Sentencias del Tribunal Supremo de 11-3-1961, 19-6-1964, 25-11-1969, 7-2-1972 y 17-12-1974 entre otras muy numerosas). (Sentencia de 4 de enero de 1982; no ha lugar.)

El actor formuló demanda de juicio de mayor cuantía ejercitando una acción reivindicatoria de finca rústica contra los demandados, alegando que había transmitido una finca rústica a los demandados cuyos linderos éstos habían alterado mediante el otorgamiento de una escritura de rectificación que se había inscrito en el Registro. Tal escritura ampliaba los linderos de la finca invadiendo el dominio del actor. Solicitaba la nulidad de la escritura de rectificación otorgada sin su intervención y la nulidad de la inscripción registral, así como el desalojo de la finca reivindicada.

El Juzgado de 1.º Instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Territorial revocó la sentencia desestimando la demanda y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

5. Derecho de familia.

9. *Separación matrimonial. Juzgado competente para conocer de la demanda de pobreza.*—La competencia para conocer de los procesos de nulidad, separación y divorcios, según la disposición adicional de la Ley de 7 de julio de 1981, corresponde en primer término al Juez de 1.ª Instancia del lugar del domicilio conyugal, y en otro caso al de 1.ª Instancia del último domicilio del matrimonio o el de la resistencia del demandado, y al especificarse en la demanda de pobreza formulada que tal declaración lo es con la finalidad de formular una demanda de separación conyugal, la competencia siempre la atraería el Juzgado de 1.ª Instancia de Lerma, de acuerdo con lo expresado en el artículo 21 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 23 de abril de 1982.)

La actora, cuyo domicilio conyugal había sido el de Quintanilla de Agua-Tortuelas, formuló demanda de pobreza ante el Juzgado de 1.ª Instancia de El Ferrol del Caudillo, al que pertenecía el pueblo donde la actora vivía con sus padres tras la separación de su marido.

El Juzgado de 1.ª Instancia de Lerma, al que pertenecía Quintanilla de Agua-Tortuelas, planteó cuestión de competencia por inhibitoria al de igual clase de los de El Ferrol del Caudillo.

El Tribunal Supremo declara la competencia del Juzgado de 1.ª Instancia de Lerma.

10. *Alimentos provisionales. Error de hecho en la apreciación de la prueba.*—No hay tal error por no tener en cuenta el documento acreditativo del salario que percibe el marido, ya que la fijación de alimentos se ha efectuado no con limitación a ese documento, sino con vista de la total prueba practicada, es decir, poniendo en relación aquél con los restantes medios probatorios aportados y, entre ellos, los de testigos y confesión judicial.

Error de derecho en la apreciación de la prueba.—No existe violación del artículo 1.232 Código civil, toda vez que la resolución impugnada, para fijar la cuantía de los alimentos, tuvo en cuenta los aspectos que la confesión contiene y concretamente los medios de fortuna de la recurrida.

Fijación conjunta de alimentos.—El artículo 143 Código civil en manera alguna previene que haya de precisarse con independencia el «quantum» alimenticio a fijar a la esposa y a los hijos del matrimonio que aquélla tenga a su cargo.

Prestación de alimentos en la propia casa.—Este modo de prestar alimentos que autoriza el artículo 149 no puede ser tan absoluto que limite el amplio examen que los Tribunales han de efectuar en las consecuencias concurrentes en cada caso, hallándose subordinado a la condición de que no exista estorbo alguno, ni legal ni moral, para que el alimentista se traslade a la casa del alimentante, por lo que el marido separado legalmente no puede estimarse facultado para cumplir la obligación de dar alimentos a los hijos manteniéndolos en su casa y privando en consecuencia a la esposa de la potestad que sobre ellos se le ha conferido. (Sentencia de 12 de febrero de 1982; no ha lugar.)

11. *Préstamo concedido al marido casado en régimen de gananciales. Litisconsorcio pasivo necesario.*—Según la normativa vigente al tiempo del negocio, es decir, la de los artículos 1.412 y 59 del Código civil, el marido era el administrador de la sociedad de gananciales con facultad para obligar su patrimonio (artículo 1.408 Código civil), sin perjuicio de los mecanismos legales que el propio Código (artículo 1.413 antiguo) pone en manos de la esposa para la defensa de los bienes parafernales o gananciales, por lo cual es innecesaria la llamada a juicio de la esposa cuando un tercero reclama al administrador contratante el cumplimiento de una obligación asumida por éste como tal, en virtud de su legitimación aparente y respetable mientras no se impugne por el otro cónyuge.

Préstamo aceptado por el marido.—No supone inaplicación del artículo 63 Código civil, ni tiene sentido su autoacusación de haber representado indebidamente a su mujer, puesto que el marido tiene concedida por ley esa representación tocante al patrimonio conyugal. (Sentencia de 19 de febrero de 1982; no ha lugar.)

12. *Compraventa de bien inmueble ganancial. Consentimiento tácito de la mujer del vendedor.*—Afirmado por el Tribunal de instancia que existió tal consentimiento tácito, a los efectos del anterior artículo 1.413 Código civil, se ha establecido así una situación de hecho que, al no haber sido debidamente impugnada, permanece inconvencional.

Nulidad de la venta alegada por el marido.—Conforme a reiterada doctrina de esta Sala y por analogía con lo que disponía para la licencia marital, el antiguo artículo 65 Código civil, la falta, en su caso, del consentimiento

«uxoris» origina una nulidad que sólo se produce si la mujer así lo pide, pero no cuanto el marido, vinculado por el acto de disposición que realizó, lo solicite, que es precisamente lo aquí sucedido y rechazable.

Incongruencia.—No la hay cuando el fallo extiende su declaración a puntos implícitamente comprendidos en la controversia, de la que constituyen una consecuencia lógica y legal que los pone a cubierto, según notoria doctrina jurisprudencial, de todo reproche de incongruencia. (Sentencia de 2 de febrero de 1982; no ha lugar.)

13. *Compraventa de bien inmueble ganancial sin consentimiento «uxoris».* Anterior artículo 1.413 del Código civil.—Es doctrina jurisprudencial establecida que la acción de nulidad competía exclusivamente a la mujer o a sus herederos, en favor de los cuales se instituyó la garantía o sistema protector del Código civil, careciendo por tanto de legitimación para ello tanto el marido como la persona que con él contrató, especialmente el primero, quien no podrá excusar el cumplimiento del contrato por defecto del consentimiento uxorio, pues admitirlo sería tanto como negar la validez del principio de la asunción de los actos propios o comparar una conducta contractual con el defecto o inobservancia de un requisito a él sólo imputable. (Sentencia de 30 de marzo de 1982; no ha lugar.)

14. *Liquidación de gananciales de dos matrimonios del causante.*—La tesis de que los bienes existentes a la muerte de la primera mujer constituyen un patrimonio autónomo que permanecerá en indivisión hasta que se realicen sus respectivas operaciones particionales, aparte de ser cuestión nueva que tiene vedado su acceso a la casación, olvida que aquí se trata de la herencia de una persona, cuyo haber patrimonial constituye una sola comunidad hereditaria, de modo que no ha habido infracción ninguna del anterior artículo 1.424 Código civil, que estaba completado por el artículo 1.431 relativo precisamente a la ejecución simultánea de la liquidación de los gananciales de dos o más matrimonios contraídos por una misma persona.

Error de hecho en la apreciación de la prueba.—Los datos de hecho contrarios a los declarados probados en la instancia han de invocarse por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la ley procesal, porque de otra suerte se incide en la causa de inadmisión novena del artículo 1.729 de la misma ley.

Facultades del albacea para administrar los bienes. Artículo 902 del Código civil.—La designación de albacea en el testamento lo ha sido como «Comisario-contador-partidor», sin conceder facultades especiales, pero sin prohibir ninguna, lo que impide reducirlas a las de contar y partir, como sostiene el recurso, y forzosamente comprende las de conservar y custodiar del discutido precepto, que lleva consigo las de administrar; pero además aquí se le ha designado también como Comisario lo que significa tanto como un auténtico nombramiento de albacea universal, investido de todas las facultades necesarias para cumplir la voluntad del testador. (Sentencia de 15 de abril de 1982; no ha lugar.)

15. *Acción de reconocimiento forzoso de la filiación natural según la legislación anterior. Caducidad.*—Ha caducado la acción ejercitada por el demandante, al amparo del antiguo artículo 137 Código civil, cuando lo ha hecho después del fallecimiento de su presunto padre y habiendo superado cumplidamente aquella su mayoría de edad, en base a unos documentos autógrafos de aquél, que al reconocerse en confesión que obraban en poder de la accionante al óbito de su pretendido padre significa que ha transcurrido con exceso el plazo de seis meses contados desde la fecha de aparición de los documentos a que se refiere el último párrafo de dicho artículo 137.

Defecto formal del recurso.—Lo es la alegación conjunta de artículos del Código civil, de la legislación del Registro Civil y de la Constitución, que entraña un planteamiento complejo que pugna con la claridad exigida por el artículo 1.720 de la ley procesal.

Derogación del Código civil por la Ley del Registro Civil.—No puede estimarse en forma alguna que el artículo 49 de la Ley del Registro Civil haya venido a derogar implícitamente el artículo 137 Código civil, porque el primer párrafo de aquél claramente se remite a nuestro primer cuerpo legal, y porque la inscripción de la filiación natural, a que se refiere el párrafo segundo, presupone la existencia de un expediente gubernativo que se sustancia sin oposición del Ministerio Fiscal ni de parte interesada, de forma que si se da tal oposición hay que acudir al procedimiento ordinario, aparte de que las normas del Reglamento del Registro Civil no son, por su carácter reglamentario, preceptos aptos para formular en su base un recurso de casación y si el artículo 188 Reglamento Registro Civil permite que la petición se deduzca cualquiera que sea el tiempo transcurrido, esta permisión viene exclusivamente referida al expediente gubernativo.

Derogación del Código civil por la Constitución.—No puede estimarse que el repetido artículo 137 haya devenido inconstitucional, porque al mandato del artículo 14 de la Constitución, relativo a la igualdad de los españoles ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, es una declaración de principio matizada por su inclusión dentro del artículo tercero del título primero y concretamente en el artículo 39,2, al que le alcanza la prohibición de su alegación directa ante la jurisdicción ordinaria prescrita por el artículo 53,3.

Interpretación actualizada de los textos del Código.—La llevada a cabo aquí lo ha sido con la debida corrección por la aplicación directa del artículo 137 con un criterio, a mayor abundamiento, confirmado hoy por la disposición transitoria 7.ª de la Ley de 13 de mayo de 1981, cuando previene que «las acciones de filiación se regirán exclusivamente por la legislación anterior, cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubieren fallecido al entrar en vigor la presente ley», que es precisamente lo aquí ocurrido ante la muerte del presunto padre.

Incongruencia.—Es reiterada la doctrina de esta Sala en el sentido de que las sentencias absolutorias de las pretensiones formuladas por las partes

no pueden ser tildadas de incongruentes. (Sentencia de 8 de abril de 1982; no ha lugar.)

16. *Escritura de adopción otorgada por los albaceas de la adoptante y la adoptada, al haber fallecido aquélla una vez aprobada judicialmente la adopción.*—Sin entrar en la polémica doctrinal acerca de la naturaleza jurídica del albaceazgo, de las diversas teorías y del encaje de esta institución de confianza en otras figuras afines, todas de analogía dudosa o de consecuencias no siempre técnicamente correctas, hay que tomar como base de una justa solución la constituida por la existencia clara e indubitada de una voluntad benefactora para el adoptado manifiesta en el expediente judicial de adopción, verdadero núcleo de este instituto.

Naturaleza del albaceazgo.—Si bien es cierto que el albacea no es en términos técnicos un mandatario ni un representante (no se puede representar a un fallecido), también lo es que es admisible configurar el albaceazgo como una especie de representación «ex officium» y al albacea como un «vir bonus» ejecutor e integrador de intereses no exclusivamente patrimoniales, tal el caso de autos en el que además la ausencia de conflicto u oposición privada (los interesados en la herencia se allanaron a la demanda y la heredera repudió la herencia de la adoptante) excluye cualquier extralimitación o defensa de móviles bastardos.

Escritura de adopción otorgada por los albaceas del adoptante.—Si se puede lícitamente —porque no hay norma en contra— encomendarse de modo expreso al albacea la facultad de otorgar en nombre del testador escritura de adopción, es también razonable admitir a tal efecto la otra forma de representación, más que tácita presunta, pero inequívoca, manifestada de clarísimo modo en el testamento, conjugado con el expediente de adopción, tal como entendieron los albaceas y el notario autorizante de la escritura, con facultades para ello en virtud de la misión conferida en el testamento relativamente «a cumplir cualquier obligación legítima» y a «representar a la testadora en toda clase de juicios, contratos y actos».

Analogía.—Para esta conclusión afirmativa hay una razón de analogía «iuris» (artículo 4.1 Código civil), fundada en la aplicación de la razón subyacente en el artículo 1.944, en relación con el 1.943, ambos de la ley procesal, que permiten elevar a escritura pública el testamento hecho de palabra al «que hubiera recibido en él cualquier encargo del testador».

Naturaleza del albaceazgo.—Es ciertamente sugestiva y sugerente la tesis de ver en el albaceazgo una manifestación de la fiducia testamentaria (Sentencia 30 de octubre de 1944), claramente explícita en el Derecho catalán (otra razón de analogía interregional) en el artículo 236 de la Compilación y en la Sentencia de 2 de abril de 1955.

Misión de los Tribunales.—No es inoportuno decir que los jueces y tribunales de justicia han de ser también tribunales de amparo de las per-

sonas indefensas, entendiendo aquí por indefensión aquel estado de una persona que ve frustradas sus legítimas expectativas por el acaecimiento de un acto de fuerza mayor como es la muerte de la adoptante, sin llegar a otorgar la escritura pública de adopción. (Sentencia de 6 de febrero de 1982; ha lugar.)

NOTA.—Tiene verdadero interés teórico y práctico esta Sentencia, en cuanto viene a desautorizar la doctrina sentada por la Resolución de la Dirección General de los Registros de 8 de junio de 1973, recaída en el mismo caso ahora llevado a la casación y la cual había denegado la inscripción en el Registro Civil de la mencionada escritura de adopción, al argumentar ampliamente que esta escritura tiene valor constitutivo, de modo que la adopción no se perfecciona hasta el otorgamiento de aquélla.

Es cierto que un importante sector doctrinal había criticado duramente la Resolución citada (ver por todos García Cantero en el tomo I de los Estudios Jurídicos en homenaje al profesor don Federico de Castro), pero era por entender que la constitución de la adopción se verificaba en el momento de su aprobación judicial. Sin que sea ahora la ocasión de profundizar en el tema, basta señalar que sea ahora la ocasión de profundizar en el tema, basta señalar que llama la atención esta Sentencia en cuanto centra la cuestión sobre las facultades de los albaceas para otorgar la escritura, dejando algo en el aire el problema previo y fundamental de su valor constitutivo o no. Porque si la adopción no ha llegado a perfeccionarse por muerte del adoptante, huelga plantear la cuestión de las facultades de los albaceas para otorgar la escritura. Nadie, por ejemplo, podría defender que éstos pudieran elevar a escritura pública una donación de inmuebles otorgada por el testador en documento privado, con infracción de la forma «ad solemnitatem» exigida por el artículo 633 del Código... Lo lógico era, pues, decidir frontalmente si este mismo valor lo tiene la escritura de adopción, según el artículo 175 del propio Código.

J. D. C.

6. Derecho de sucesiones.

17. *Herederó sustituido bajo condición suspensiva en Cataluña. Interpretación de la cláusula testamentaria.*—El juzgador, ateniéndose al texto de la cláusula, como manda en principio el artículo 675 Código civil, ha sentido que la voluntad de la causante fue instituir heredero universal de todos sus bienes a su hijo y, previendo que no pudiera regresar a España a consecuencia de la guerra civil, lo sustituyó temporalmente por su hermana hasta que aquél volviera, por lo que al no señalar el testamento plazo para el regreso es claro que la condición pendía mientras viviera y, cumplida con la vuelta, la institución se consolidó sin más exigencias de domicilio en determinada localidad, ni otro retorno, ni más condicionantes que no aparecen queridos por la testadora.

Interpretación de testamento.—Corresponde al Juez «a quo» precisar el sentido y alcance de las declaraciones de última voluntad y su interpretación no puede ser combatida con éxito en casación más que cuando se patentice el error por una exégesis violenta, arbitraria, irracional o ilógica, lo que aquí no sucede porque precisamente la tesis del recurrente es imponer un

requisito extratestamentario (la continuidad de la residencia en determinado pueblo), producto de una interpretación interesada y parcial, sin base intrínseca (testamento), ni extrínseca (circunstancias del caso).

Cuestión nueva.—La alegada ahora nulidad de la venta realizada por el heredero por una supuesta simulación es una cuestión nueva que se convierte aquí en causa de desestimación del recurso. (Sentencia de 24 de marzo de 1982; no ha lugar.)

18. *Viudedad aragonesa. Su estructura.*—El derecho expectante de viudedad regulado en la Compilación de Aragón concede a ambos cónyuges una verdadera «expectativa de derecho» que supondrá, al fallecimiento de uno de ellos, la adquisición del usufructo sobre la totalidad de los bienes afectos al inicial derecho expectante, existiendo, en consecuencia, una incertidumbre en cuanto a la pertenencia del derecho, aunque no respecto a la existencia del derecho mismo.

Usucapión de bienes presuntamente afectos al derecho expectante de viudedad.—Las limitaciones legales al poder de disposición sobre tales bienes no impiden que, si un tercero adquiere por usucapión los bienes gravados, queden éstos libres de gravamen, sin afectar a la pérdida del derecho expectante de viudedad con carácter general y abstracto y sí únicamente al determinado bien sobre el que la prescripción adquisitiva se haya producido, pero ello siempre que la raíz de inicio de tal prescripción sea anterior al negocio jurídico por el que «formalmente» hayan ingresado los bienes en el patrimonio común.

Usucapión de dichos bienes.—De la apreciación racional y conjunta de las pruebas practicadas resulta que los dos inmuebles, el rústico y el urbano, a que la litis se contrae ingresaron sólo de manera meramente «formal» en el patrimonio del fallecido esposo de la demandante, ya que tales bienes desde antes de la muerte del padre de aquél venían siendo poseídos quieta, pública y pacíficamente en concepto de dueño por el causante de las demandadas. (Sentencia de 29 de enero de 1982; no ha lugar.)

III. DERECHO PROCESAL

19. *Falta de personalidad en el procurador. Cuestión de carácter procesal.* El Tribunal Supremo declara que el artículo 533.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, base del recurso, es un precepto de índole procesal, y la infracción de tales preceptos no es válida para fundamentar en ella una casación de fondo, y son solamente adecuados para un recurso de casación por quebrantamiento de forma y, en este caso, la falta de personalidad del Procurador de la parte actora está explícitamente comprendida como uno de los supuestos que pueden dar lugar a la casación por quebrantamiento de forma, en el número 2.º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 19 de diciembre de 1981; no ha lugar.)

El recurrente formuló recurso de casación por infracción de Ley al amparo del artículo 1.692-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por inaplicación del artículo 533-3.º del mismo texto, alegando que el Procurador de la parte contraria obraba en virtud de un poder que se decía le había sido conferido por el marido actuando en nombre de la esposa cuando, en realidad, tal poder lo otorgó el marido en su propio nombre y los poderes de la esposa al marido eran de fecha posterior.

20. *Prueba. Documento auténtico.*—Afirma el Tribunal Supremo que tanto la Sala como el Juzgado habían examinado las facturas citadas a los efectos de comprobar si procedían las bonificaciones solicitadas, y si ello es así, no pueden las mencionadas facturas tener el requisito de auténticas necesarias para fundamentar el error de hecho alegado por la recurrente como motivo de casación, como tiene acreditado el Tribunal Supremo en innumerables sentencias, de las que basta citar, como más recientes, las de 20, 21 y 26 de febrero de 1982, que proclaman que no pueden esgrimirse como documentos auténticos a los efectos casacionales aquellas que fueran examinadas y valoradas por la Sala de Instancia. (Sentencia de 28 de enero de 1982; no ha lugar.)

La Compañía Mercantil Destilerías y Crianzas del Whisky, S. A., formuló demanda en juicio de mayor cuantía contra J. B. Armendáriz en reclamación de cantidad como consecuencia de haber suministrado al demandado diversas partidas de cajas de botellas cuyo precio no había sido satisfecho.

El demandado alegaba la existencia de unas bonificaciones especificadas en las facturas, lo que reducía la cantidad reclamada.

Además el demandado formuló reconvencción, solicitando una indemnización de daños y perjuicios al haber roto unilateralmente la actora las relaciones comerciales existentes entre ambos y en virtud de las cuales J. B. Armendáriz se ocupaba de la distribución de las mercancías de Destilerías y Crianzas del Whisky en determinadas zonas.

21. *Honorarios de abogado. Prueba: confesión judicial.*—La recurrente se apoyaba en que el actor había absuelto una de las posiciones de la prueba de confesión, contestando haber garantizado a la recurrente que sus honorarios se establecerían con criterios mínimos. El Tribunal Supremo establece que la confesión judicial no puede tener carácter prevalente en contrario, dado que ni es superior a otros medios de prueba ni tiene por sí virtualidad y eficacia suficiente para que se estimen demostradas las alegaciones a que se refiere, ya que debe apreciarse en combinación con las demás (Sentencias de esta Sala de 19-11-1957 y 21-3-1958).

Aquellas afirmaciones de hecho reconocidas en los considerandos de la resolución impugnada, al no haber sido atacadas por la recurrente por la vía del error de hecho en la apreciación de la prueba que autoriza el nú-

mero 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son vinculantes y, por tanto, inalterables en casación, según tiene declarado esta Sala en las recientes Sentencias de 7-1, 28-2, 24-3 y 1-04-1981.

El error de derecho sólo se comete cuando se ha infringido un precepto legal, desconociendo a determinada prueba la eficacia que la Ley le concede, por estar sometida su valoración probatoria a una norma preestablecida (Sentencias de esta Sala, entre otras, de 27-2-1964, 27-2-1965, 26-10-1966 y 2-6-19682). (Sentencia de 25 de febrero de 1982; no ha lugar.)

22. *Honorarios de abogado. Impugnación por indebidos.*—El Tribunal Supremo define las costas como «devengos ocasionados por un litigio determinado al que tienen como causa inmediata o directa de su producción, y obedecen manifiestamente a las actuaciones en tal proceso desarrolladas», concepto en el que no pueden incluirse los desembolsos o gastos que, aun cuando hayan sido convenientes o útiles para la parte vencedora, no responden a una actividad procesal, como lo confirma el artículo 424 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al excluir de la tasación las reclamaciones que se refieren a honorarios que no se hayan devengado en el pleito. (Sentencia de 20 de abril de 1982; ha lugar.)

Con base en esas consideraciones, el Tribunal Supremo estima la impugnación de la minuta de honorarios en cuanto a una partida comprensiva de los gastos de desplazamiento del Letrado de Barcelona-Madrid-Barcelona.

23. *Expediente de consignación.*—El Tribunal Supremo considera correcta la nulidad de actuaciones acordada por la Sala de Instancia, basándose en que las actuaciones postuladas y, en definitiva, obtenidas del Organismo jurisdiccional a pretexto de una consignación de cantidad, imponiendo la realización forzosa de una prestación negocial traducida en tan grave medida, como fue la desposesión de unos astilleros que venía explotando Marina Vilanova, S. A., sin más apoyaturas que una mera solicitud en actuaciones no contenciosas, desnaturalizan el procedimiento, quebrantan la seguridad jurídica, perjudican la garantía de los justiciables y, a la postre, conculcan intereses de naturaleza pública con la infracción de las normas legales, atrayendo sobre sí la calificación de actos nulos plenamente, criterio del Auto recurrido que, según el Tribunal Supremo, debe prevalecer, pues la entrega en la posesión de bienes y consiguiente investidura sólo viene permitido en el ámbito de la jurisdicción voluntaria para el supuesto regulado en el artículo 2.056 y siguientes de la Ley Procesal (sin utilidad práctica ante la posibilidad de acudir al procedimiento de ejercicio de las acciones reales dimanantes de los derechos inscritos, con arreglo al artículo 41 de la Ley Hipotecaria en relación con los artículos 137 y 138 de su Reglamento) que, evidentemente, no atienden a una situación como la presentada por la recurrente Astilleros y Varaderos, S. A., pidiendo en unas actuaciones que debieron sujetarse rigurosamente a las reglas específicas de la consignación liberatoria (artículos 1.176 a 1.181 del Código civil), algo tan desorbitado como el cumplimiento de la obligación de entrega por parte

de la vendedora, como si de la ejecución de una sentencia firme se tratara. (Sentencia de 19 de diciembre de 1982; no ha lugar.)

La Entidad Astilleros y Varaderos, S. A., inició expediente de jurisdicción voluntaria de consignación de parte del precio de unos astilleros adquiridos a Marina Vilanova, S. A., solicitando se le diera posesión de tales astilleros. Marina Vilanova, S. A., presentó oposición a este expediente. El Juzgado de 1.ª Instancia dictó Auto declarando contencioso el expediente de consignación, que seguiría tramitándose por las normas del juicio de mayor cuantía, y suspendió la tramitación del procedimiento civil por haberse presentado querrela criminal sobre los mismos hechos.

Contra dicho Auto interpuso Marina Vilanova, S. A., recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial, decretándose la nulidad de todas las actuaciones desde la iniciación del expediente de consignación. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por Astilleros y Varaderos, S. A., contra el Auto de la Audiencia Provincial.

24. Arbitraje de Equidad. Puntos no sometidos a la decisión del árbitro.— El recurrente había concertado con la Entidad recurrida un contrato de ejecución de obra y suministro de materiales para la construcción de un chalet. La Entidad constructora reclamaba la parte del precio que faltaba por pagar y el propietario alegaba defectos en la construcción y entrega del chalet fuera de plazo, lo que debía hacer entrar en juego una cláusula penal pactada.

Solicitada la formalización judicial del arbitraje, el Juzgado de 1.ª Instancia de Bilbao dictó Auto nombrando el árbitro y los puntos del arbitraje, entre ellos si el retraso de la constructora en la entrega estaba equitativamente justificado. El árbitro dictó un laudo estableciendo que tal retraso no era equitativamente justificable «plenamente».

Contra dicho laudo se interpuso recurso de nulidad por el propietario, alegando que el árbitro había resuelto cuestiones que no estaban sometidas a su decisión, como era el grado de justificación de la demora en la entrega del chalet. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Para el Tribunal Supremo es lógico que el árbitro emplee el término «plenamente» para calificar la demora en la entrega de las obras, ya que con dicha frase precisa la contestación en términos de equidad, ajena al automatismo de contestar afirmativamente o negativamente tan sólo, máxime cuando se permitía al árbitro establecer la cuantía de la sanción. (Sentencia de 29 de marzo de 1982.)

25. Arbitraje de equidad. Puntos no sometidos a la decisión del árbitro. Según el Tribunal Supremo, «las únicas causas, taxativamente establecidas en el artículo 1.691-3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que pueden fundamentar este especial recurso de nulidad contra la Sentencia dictada en ar-

bitraje de equidad, aparte de la relativa al plazo, es la concerniente a la ex-
tralimitación del fallo arbitral en cuanto al tema sometido al juicio equita-
tivo o, mejor dicho, al abuso de jurisdicción, en su caso reprochable al ár-
bitro o árbitros, al fallar éste acerca del tema no propuesto, entendiendo
por tal aquel que las partes contratantes en el convenio de compromiso no
tuvieron en cuenta, ni previeron, ni siquiera pensaron como material discu-
tible ni, consiguientemente, consignaron en la escritura pertinente, que es
el título legitimador de los árbitros y, el que les fija y precisa el ámbito de
su conocimiento o «cognitio» procesal, a la vez que el límite de su decisión
vinculante para las partes. (Sentencia de 16 de febrero de 1982, ha lugar.)

Como consecuencia de ciertas diferencias sobre los aspectos económicos
subsiguientes a la declaración de nulidad del matrimonio, ambas partes,
marido y mujer, habían acordado un arbitraje de equidad para resolver los
puntos en litigio. Emitido el laudo estableciendo las cantidades que debía
pagar el marido a la mujer, se interpuso por aquél recurso de nulidad de
arbitraje alegando que los árbitros habían resuelto cuestiones no sometidas
a su decisión.

El Tribunal Supremo acepta uno de los motivos del recurso, que solicita-
ba la anulación de una parte del laudo arbitral que establecía los intereses
de demora que debería abonar el recurrente en caso de impago de las can-
tidades fijadas en el laudo, cuando en la escritura de compromiso se sometía
a la decisión de los árbitros únicamente qué cantidades tenía que abonar
el recurrente a su ex mujer.

26. Arbitraje de equidad. Prórroga.—El Tribunal Supremo considera que
el laudo se dictó dentro del plazo convenido mediante la prórroga válidamen-
te acordada por un representante de la recurrente, quien tenía entre sus
facultades la de «actuar ante los árbitros con plenitud de poderes». (Senten-
cia de 19 de diciembre de 1981; no ha lugar.)

Las Entidades Astilleros de Mallorca, S. A., y Armadores de Cabotaje, S. A.,
acudieron a un arbitraje de equidad para solucionar ciertas diferencias
respecto al precio de la construcción de un buque encargado por esta
última a Astilleros de Mallorca, S. A. Se concedió prórroga a los árbitros
para dictar el laudo y el arbitraje fue desfavorable a Armadores de Cabo-
taje, S. A., que interpuso recurso de nulidad contra dicho laudo, alegando
que se había dictado fuera de plazo, pues la prórroga acordada no podía
tener efecto al carecer de facultades para otorgarla la persona que había
representado a Armadores de Cabotaje, S. A., en el otorgamiento de la
escritura pública de prórroga.

27. Quebrantamiento de forma. Falta de personalidad.—La falta de per-
sonalidad no resulta del derecho con que litiga una persona, que es falta de
acción o de «legitimatío ad causam», falta de título o derecho para pedir,
aunque éste proceda de habérselo transmitido un tercero, porque ello en
nada afecta a la personalidad del litigante, sino que es materia propia de

un recurso en el fondo o de infracción de ley (Sentencias 14-12-1935, 26-3-1947, 23-12-1949) y no de quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio a que se refiere únicamente el artículo 1.693 de la Ley Procesal. (Sentencia de 15 de marzo de 1982; no ha lugar.)

El recurrente interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma alegando falta de personalidad del recurrido porque éste no había acreditado su condición de propietario, pues tan sólo había aportado una fotocopia del documento en que pretendía apoyar su pleno dominio sobre el inmueble.

El Tribunal Supremo desestima el recurso estableciendo que, formulado el recurso al amparo del artículo 1.693-2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por falta de personalidad, no se citan luego los preceptos legales infringidos en relación con la personalidad del actor. (Sentencias de 7-3-1946 y 24-6-1947.)

El actor había formulado demanda contra varios arrendatarios sobre resolución de contrato de arrendamiento, en virtud de expediente contradictorio de ruina total del inmueble.

La demanda fue estimada por el Juzgado de 1.ª Instancia y por la Audiencia, y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Suscripción anual: España, 3.600 pesetas
Extranjero, 4.200 pesetas
Número suelto: España, 1.200 pesetas
Extranjero, 1.500 pesetas