

# 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 XXXVI  
FASCICULO I

ENERO-MARZO  
MCMLXXXIII



# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXXVI  
FASCICULO I



**ENERO-MARZO  
MCMLXXXIII**

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE  
ESTUDIOS JURIDICOS**

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

**PUBLICACIONES PERIODICAS**

**N U M E R O 2**

**ANUARIO DE DERECHO CIVIL**

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



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

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

## Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO  
Catedrático de la Universidad de Madrid

## Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN  
Catedrático de Derecho civil

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

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

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

LUIS LOPEZ ORTIZ  
Magistrado del Tribunal Supremo

SEBASTIAN MORO LFEDESMA  
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

PIETRO PERLINGIERI: <i>Por un Derecho civil constitucional español</i> ... ... ...	1
PABLO SALVADOR CODERCH: <i>El casus dubius en los Códigos de la Ilustración Germánica</i> ... ... ...	17
LUIS M. DOMÍNGUEZ RODRIGO: <i>La revocación de donación modal</i> ... ... ...	65
PEDRO PORRAS IBÁÑEZ: <i>¿De dominio?</i> ... ... ...	109

### Información Legislativa

A cargo de Pedro de Elizalde y Aymerich ... ... ...	119
---	-----

### Nota crítica

PEÑA BERNALDO DE QUIROS, MANUEL: <i>Derechos Reales, Derecho hipotecario</i> . ...	143
TORNOS MÁS, JOAQUÍN, <i>Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas</i> ... ... ...	147

## En memoria de D. Joaquín Garrigues y Díaz-Cañabate

Por el profesor Dr. Alberto BERCOVITZ.  
Catedrático de Derecho mercantil

El pasado día 10 de enero de 1983 murió don Joaquín GARRIGUES y DIAZ-CAÑABATE, uno de los juristas más grandes que ha tenido España. Su prestigio había superado totalmente nuestras fronteras, de manera que el Profesor GARRIGUES era reconocido como una personalidad a nivel mundial.

Pocos juristas habrán tenido una influencia tan decisiva en la evolución de una rama del ordenamiento jurídico y de la ciencia del Derecho, como la ha tenido GARRIGUES en el Derecho mercantil español. Si nuestro Derecho mercantil tiene unos planteamientos conceptuales y sistemáticos aptos para enfrentarnos a las exigencias de la realidad actual, ello es fundamentalmente debido a la obra de Joaquín GARRIGUES. Sin esa obra no tendríamos en España un Derecho mercantil moderno, ni hubiera sido posible la existencia de una doctrina científica que posee los medios y la capacidad de hacer frente a los profundos cambios que está viviendo nuestra sociedad.

La influencia de GARRIGUES en la evolución del Derecho mercantil español durante el último medio siglo ha sido extraordinaria y difícilmente repetible, porque se ha producido por todos aquellos cauces que pueden incidir decisivamente en el desarrollo de una disciplina jurídica: como autor tiene una obra que cubre toda la materia jurídico-mercantil

## Bibliografía

Libros	157
--------	-----

BELENCHON, Ezequiel: *La prueba parcial en los procesos de nulidad de matrimonio*, por J. Bonet Correa.—DIEZ PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho civil, IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, por J. Bonet Correa.—FOSAR BENLLOCH, Enrique: *Estudios de Derecho de familia*, por J. B. C.—LOPEZ PEREZ, J.: *La patria potestad. Voluntad del titular*, por Carlos Vattier Fuenzalida.—MARTINEZ CALCERRADA, Luis: *El nuevo Derecho de familia*, por José Bonet Correa.—MARTINEZ CALCERRADA, Luis: *El nuevo Derecho de familia, I. Filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*, por J. Bonet Correa.—PARRA ARANGURE, Gonzalo: *Codificación del Derecho internacional privado*, por R.—PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho civil*, por J. Bonet Correa.—SOLDEVILLA, Antonio: *La empresa agraria*, por Carlos Vattier Fuenzalida.—VALLADARES, Etelvina: *Nulidad separación, divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio*, por J. Bonet Correa.—VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Estudios sobre fuentes del Derecho y método jurídico*, por J. Bonet Correa.—JOSE LUIS VILLAR EXCURRA: *La protección pública a la vivienda*, por Edmundo Angulo Rodríguez.

## Revista de revistas

## II. REVISTAS EXTRANJERAS.

A cargo de Antonio Pau Pedrón	178
-------------------------------	-----

## Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

A cargo de José M.ª Chico Ortiz.

I. Resoluciones comentadas	185
II. Resoluciones, a cargo de Antonio Pau Pedrón	213

## Jurisprudencia

*Sentencias del Tribunal Constitucional*, a cargo de Edmundo Angulo Rodríguez

251

*Sentencias del Tribunal Supremo*, a cargo de José Bonet Correa

279

## I. SENTENCIAS COMENTADAS:

*La prescripción anual de las acciones civiles derivadas de culpa extracontractual caso de haberse tramitado diligencias criminales*, por Francisco Capón Rey

288

*Hacia la consagración jurisprudencial de los Derechos reales de adquisición preferente*, por Carlos Martínez de Aguirre

299

## II. SENTENCIAS

312

y sus obras figuran en todas las bibliotecas jurídicas, donde son consultadas continuamente; como profesor universitario ha formado a decenas de miles de alumnos; como maestro ha formado una escuela a la que nos honramos en pertenecer todos los actuales profesores de Derecho mercantil en las universidades españolas; como miembro activo de organismos encargados de tareas prelegislativas ha tenido influencia decisiva en la elaboración de los anteproyectos de las leyes más importantes de carácter jurídico-mercantil; y como abogado en ejercicio ha influido directamente en la jurisprudencia y también en las prácticas de importantes sectores de nuestra vida económica. Por todas estas vías, utilizadas todas ellas con la mayor autoridad, GARRIGUES ha moldeado el nuevo Derecho mercantil español, el Derecho mercantil que conocemos, estudiamos y aplicamos en la actualidad.

Cuando GARRIGUES obtiene en 1927 su cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid y comienza su obra, el Derecho mercantil español se basaba en el Código de comercio de 1885, que ya había nacido anticuado, y en una doctrina muy pegada a la literalidad de los preceptos del Código, con preocupaciones histórico-filosóficas y alejada de la rápida evolución del tráfico mercantil. El inmenso valor de la obra de GARRIGUES consiste precisamente en hacer una elaboración doctrinal que, atendiendo a la evolución legislativa y doctrinal experimentada en Alemania, Francia e Italia, aplica al estudio de la legislación española unos conceptos y un sistema aptos para solucionar la problemática suscitada por la nueva realidad del tráfico económico, realidad extraordinariamente alejada de la que sirvió para la elaboración del Código de 1885. Cabría decir que gracias a GARRIGUES el Derecho mercantil español se acerca a la realidad y se europeiza.

Significativa de este planteamiento es su primera monografía titulada precisamente «Nuevos hechos, nuevo Derecho de Sociedades Anónimas», publicada en 1933 y con la que se inicia una línea de trabajo que daría lugar más tarde a la Ley de Sociedades Anónimas de 1951.

La obra básica de GARRIGUES, en la que se manifiestan sus nuevos planteamientos con referencia al conjunto del Derecho mercantil, aparecería unos años más tarde. Se trata del

*Curso de Derecho Mercantil*, cuyos dos tomos se publican en el año 1936, el primero, y en 1940 el segundo. Ese *Curso* es, sin la menor duda, la piedra angular del nuevo Derecho mercantil y de la escuela de mercantilistas españoles, y su trascendencia fue claramente captada en el momento mismo de su publicación por ilustres maestros. Felipe Clemente de DIEGO, afirmaba en la Carta-prólogo, «sea bienvenida la obra para honor de la ciencia jurídica española»; para el ilustre mercantilista italiano Lorenzo MOSSA el *Curso* constituye «la más bella obra del Derecho mercantil español moderno» y «se pone a la altura de los más ilustres tratados de Derecho mercantil de Italia, Francia y Alemania», y para el entonces joven Antonio POLO, hoy maestro consagrado, el *Curso* constituía un hito que señalaba la iniciación del momento renovador del Derecho mercantil español.

Retrospectivamente considerado, el *Curso*, que ya ha alcanzado su séptima edición, aparece hoy como la obra de más trascendencia publicada por GARRIGUES, debido fundamentalmente a que ofreció un replanteamiento total de nuestra disciplina, en cuanto a la bibliografía utilizada, en cuanto al método, dirigido a interpretar y solucionar los problemas de nuestro Derecho positivo, y en cuanto a la sistemática adoptada, que apoya el estudio del Derecho mercantil en los sólidos pilares elaborados por la doctrina civilista. Todo ello con la prosa sencilla y clara que caracteriza todos los escritos de GARRIGUES, prosa que sirviera de ejemplo, a uno de los mejores novelistas de nuestros días, Miguel DELIBES, según ha manifestado éste reiteradamente.

Al *Curso* sucederían, además de un número extraordinario de artículos, otras obras igualmente rigurosas, claras, de la mayor trascendencia para nuestra realidad jurídica, que fueron marcando hitos en una vida de trabajo incansable. El primer tomo del *Tratado de Derecho Mercantil*, publicado entre 1947 y 1949, comprende tres volúmenes referidos a la parte general, al comerciante individual y a las sociedades mercantiles. Rodrigo URIA, otro de nuestros grandes maestros, consideró esa obra «por todos conceptos admirable, concebida con una visión clara de cuantos problemas importantes tiene hoy planteados el Derecho regulador del comercio y cuya densidad científica sube al nivel de los mejores tratados extranjeros». Y el francés Jean ESCARRA estimó que el Tratado

estaba «destinado a marcar una fecha en la ciencia española del Derecho mercantil».

Más tarde aparecerían dos tomos más del *Tratado*, el Tomo II, publicado en el año 1955, dedicado a los títulos-valores, y el volumen primero del Tomo III, que comprende la teoría general de las obligaciones y contratos mercantiles, las cuentas en participación, la compraventa, la comisión, la agencia y el corretaje.

Junto al *Tratado* hay que citar ineludiblemente, el *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, publicado en colaboración con Rodrigo URIA en los años 1952 y 1953, cuya tercera edición, puesta al día bajo la dirección de los Profesores Aurelio MENENDEZ y Manuel OLIVENCIA está ya agotada; *Contratos Bancarios*, aparecida en 1958; y *Contrato de Seguro Terrestre*, editada en 1973.

Cada una de estas obras justificaría por sí sola una vida de profesor universitario y lo que llama la atención es cómo van jalando toda la vida de GARRIGUES incluso después de su jubilación en el año 1970, marcando un ritmo continuado e ininterrumpido de trabajo. Y otro dato especialmente significativo es la elección de los temas, todos ellos de la mayor importancia no sólo para el Derecho mercantil, sino para el desarrollo de la actividad económica en España.

Otros libros publicados por GARRIGUES son, *La defensa de la competencia mercantil* (ciclo de cuatro conferencias), editado en 1964; *Hacia un nuevo Derecho mercantil (Escritos, Lecciones y Conferencias)*, aparecido en 1971; y *Temas de Derecho vivo*, del año 1978.

La obra publicada de GARRIGUES se vincula ciertamente a otra labor más callada, pero no por ello menos importante: su labor docente. Esa tarea de preparar y dar sus clases, a las nueve de la mañana, durante cuarenta y tres años, siempre con el mismo rigor, con un continuo afán de superación. Por sus clases en la Universidad de Madrid pasamos decenas de miles de estudiantes. Recuerdo que en los últimos años, al coincidir las horas de sus clases, acudían juntos a la Facultad, en el coche del decanato, don Joaquín GARRIGUES y don Fe-

derico de CASTRO. Esos viajes crearon una relación extraordinariamente cordial entre los dos maestros. Pensaba yo entonces, y ahora lo sigo pensando con mayor convicción si cabe, que el azar del transporte estrechó las relaciones entre dos de las mayores personalidades que ha tenido la Universidad española. Realmente fue una suerte inestimable tener a tales maestros.

La actividad docente de GARRIGUES no acaba, sin embargo, en sus clases, sino que se manifestaba también en otro aspecto igualmente fundamental, el que se refiere a la formación de sus discípulos. Haber sido discípulo directo de GARRIGUES es ciertamente un gran privilegio. El privilegio de tener acceso directo a una persona que produce ciencia y enseña a producirla mediante la relación diaria. Como gran científico e intelectual, GARRIGUES no se escudaba jamán en los argumentos de autoridad; su autoridad estaba en su estudio, en su capacidad de oír opiniones disidentes y de aceptar críticas; su autoridad estaba en sus argumentos. Y dominándolo todo ese afán por la claridad. No era posible acudir a él con argumentos confusos, porque sus preguntas sosegadas, simples, ponían siempre en evidencia los planteamientos insuficientemente fundamentados.

Con tales dotes, con tal dedicación, con una obra como la suya, no puede extrañar que GARRIGUES haya constituido una escuela de mercantilistas a la que nos honramos en pertenecer todos los profesores universitarios españoles. Como el propio don Joaquín me dijo, cuando estaba escribiendo su *Biobibliografía* para los *Estudios-homenaje* elaborados en su honor y publicados en 1971, «no ha pretendido hacer capillas, sino que ha intentado mantener siempre la unidad de escuela entre los mercantilistas, una escuela abierta a todos los que se dedican con seriedad y vocación a la investigación y a la docencia del Derecho mercantil, una escuela de las enseñanzas de cuyos miembros él se considera el primer aprendiz».

Una pieza fundamental para esa escuela, a la publicación de cuyos trabajos ha servido de cauce desde 1946, es la *Revista de Derecho Mercantil*, fundada por GARRIGUES junto con Rodrigo URIA.

La imagen universitaria de GARRIGUES quedaría incompleta si no se pusiera de manifiesto que era un universitario

comprometido con la Universidad. Cualquiera que recuerde las Juntas de la Facultad de Derecho de Madrid durante los años sesenta, celebradas a menudo en momentos difíciles, recordará cómo GARRIGUES participaba activamente, con intervenciones ponderadas y firmes, sin rehuir los problemas y recordará el extraordinario peso moral de sus actitudes. Ese compromiso con la Universidad le llevó en ocasiones a firmar escritos muy mal vistos por los poderes constituidos, pero que eran soportados por ser GARRIGUES el firmante. Ese amor a la Universidad hizo que hace tan sólo unos meses se considerara obligado a expresar públicamente su autorizadísima opinión sobre los proyectos elaborados para la Universidad y esa opinión tuvo, como siempre, una incidencia de la mayor importancia.

La obra de GARRIGUES ha tenido, además, una incidencia directa en la práctica a través de dos vías, su participación en los trabajos prelegislativos y su actividad como abogado.

Cabe decir que GARRIGUES ha participado en la elaboración de todas las leyes mercantiles a partir de los años treinta, en que fue nombrado miembro de la «Comisión Jurídica Asesora», antecedente de la actual «Comisión General de Codificación». En aquellos años participó en la elaboración del Proyecto de ley para la incorporación a nuestro Derecho de la Ley Uniforme de Ginebra sobre letra de cambio y, curiosamente, él ha presidido también en 1981, cincuenta años después, la ponencia que ha elaborado en el seno de la Comisión General de Codificación el nuevo anteproyecto de ley cambiaria, que constituye un nuevo intento de introducir en nuestro ordenamiento las leyes uniformes de Ginebra sobre letra de cambio y cheque.

Después, como director de la Sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos, presidió el grupo de trabajo que preparó los anteproyectos que dieron lugar a las vigentes leyes de sociedades anónimas y de sociedades de responsabilidad limitada. Y en esa misma Sección se elaboraron también un Anteproyecto de ley de concurso de acreedores y otro Anteproyecto de ley de patentes.

En el seno de la Comisión General de Codificación, de cuya Sección de Derecho Mercantil fue Presidente, como tam-

bién fue Presidente de Honor de la Comisión, dirigió los trabajos que originaron la Ley de 5 de diciembre de 1968 sobre fusión de sociedades acogidas al régimen de acción concertada; la Ley de 21 de julio de 1973, que modificó los Títulos II y III del Libro Primero del Código de Comercio, y la Ley de 2 de mayo de 1975, en la parte que modificó los artículos 6 a 12 del Código de comercio. En el momento de su muerte seguía trabajando en la Comisión, como Presidente de la Ponencia encargada de la elaboración del Anteproyecto de nueva Ley de Sociedades Anónimas.

Y la otra faceta, que él consideraba estrechamente vinculada a la de profesor, era su ejercicio profesional como abogado. Recuérdese cómo en el Prólogo al Tomo Primero del *Tratado* decía que esa obra «quiere ser un libro práctico, hijo legítimo de la Universidad y de la Abogacía», porque como él mismo afirmaba más adelante, «si el Derecho sólo en su aplicación encuentra la razón de ser, es cosa clara que el jurista no puede prescindir de la materia viva a la cual va a ser aplicado».

Es evidente que su actividad como abogado permitió a GARRIGUES un conocimiento extraordinario de la realidad del tráfico económico y fue una base insustituible para realizar su anhelo de hacer una ciencia jurídica que sirviera para la vida.

Don José CASTAN, Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, que entonces era Presidente del Tribunal Supremo, al contestar en el año 1955 al discurso de ingreso de GARRIGUES en la Academia, además de resaltar la obra del nuevo académico como Profesor universitario, añadió que «en GARRIGUES el ejercicio de la abogacía —a lo largo de tantos años, desde 1922— está íntimamente relacionado con la cátedra y constituye el natural complemento de ésta. Así se explica la frecuencia con que los Tribunales y sobre todo el Supremo dan favorable acogida a los puntos de vista del Profesor de Derecho Mercantil e imprimen en ellos el cuño oficial que la jurisprudencia representa».

En otro aspecto, es evidente que su actividad como abogado permitió a GARRIGUES establecer nexos con los círculos de la sociedad interesados en la solución de los problemas jurídico-mercantiles, y de ese modo se potenció extraordinaria-

riamente su proyección como profesor universitario, alcanzando una audiencia y un prestigio sociales que, por desgracia, no son frecuentes para los universitarios en nuestro país.

De la envergadura de la obra de GARRIGUES como abogado, y, de su estrecha vinculación a la cátedra, son buena muestra sus *Dictámenes de Derecho Mercantil*, publicados en tres volúmenes en el año 1976.

La personalidad de GARRIGUES y la importancia de su obra propagaron su prestigio mucho más allá de nuestras fronteras, pudiendo afirmarse con fundamento que GARRIGUES era un jurista conocido y valorado a nivel mundial. Había sido nombrado doctor *honoris causa* de las Universidades de Génova y de Buenos Aires, y poco antes de morir preparaba precisamente un viaje a México para ser investido también como doctor *honoris causa* de la Universidad Autónoma.

Buena idea de ese prestigio internacional puede obtenerse por las palabras del profesor Mario CASANOVA, con motivo de su proclamación como doctor *honoris causa* por la Universidad de Génova.

«Su obra —decía el ilustre profesor italiano—, inspirada con una gran amplitud de visión en el profundo, firme y seguro conocimiento del sistema y de sus aplicaciones, en las directrices de moderna renovación, le ha dado, en la esfera internacional, una posición de primer *plano*, universalmente reconocida en la moderna ciencia del Derecho mercantil».

Entre los datos que ponen de relieve el gran prestigio internacional de GARRIGUES hay que mencionar su elección dentro de la Asamblea General de la ONU, en el año 1967, como miembro de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, o UNCITRAL, en las siglas inglesas), organismo ante el que siguió representando a España hasta su muerte; su nombramiento en Roma en 1962, como Presidente de Honor de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros; la concesión en 1975 del Premio Mundial a la enseñanza del Derecho, otorgado por el *World Peace Through Law Center*, de Washington, y el Premio internacional por los estudios sobre el seguro, concedido en 1981 en Roma por la *Accademia dei Lincei* y el *Instituto Nazionale delle Assicurazioni*.

En nuestro país había recibido también las más altas condecoraciones, las Grandes Cruces de Alfonso X el Sabio, de San Raimundo de Peñafort, de Isabel la Católica y de Carlos III.

Al terminar estas líneas no puedo sino lamentar mi incapacidad para transmitir una imagen viva de GARRIGUES. Cuando se describe a un gran hombre siempre se le empequeñece, porque las palabras no pueden sustituir a la vida y tienden a constituir a las personas en colecciones de méritos. GARRIGUES, con sus extraordinarios merecimientos, era, ante todo, un hombre de carne y hueso, que amaba a su familia, a sus discípulos, el campo, la música, la poesía...



# ESTUDIOS MONOGRAFICOS

## Por un Derecho civil constitucional español<sup>(1)</sup>

Por

PIETRO PERLINGIERI

El tema del Derecho civil constitucional es fundamental en el presente momento histórico no sólo en España a raíz de la publicación de la nueva Constitución de 1978, sino en todos los países que tras la última guerra se dieron constituciones nuevas, diferentes a causa de los valores fundamentales y los principios que las caracterizan, de las constituciones y codificaciones precedentes.

El civilista debe interesarse en las normas constitucionales y en el Derecho constitucional porque su actividad es, ante todo, actividad interpretativa de las normas, y la interpretación ha de ser sistemática. El jurista debe tender a la reconstrucción del ordenamiento jurídico en su unidad; la norma constitucional se halla en la cúspide de la jerarquía normativa, y todo el ordenamiento jurídico, incluido el Derecho civil, debe ser conforme con ella y en ella inspirarse.

Pierde importancia —si alguna vez la tuvo— la neta separación entre Derecho privado, caracterizado por la plena libertad y autonomía de los sujetos, y Derecho público en el que rige el principio de soberanía y, por tanto, el sometimiento. Derecho privado y Derecho público, interés individual e interés público, en una moderna perspectiva constitucional como la de la Constitución española de 1978, son estrechamente interdependientes. Podría decirse que ya no hay nada privado, pero también podría decirse que lo público no tiene ya significado en sí y por sí, sino que se justifica en cuanto se encuentra destinado a la realización de intereses individuales. Esta premisa requiere sin embargo cierta matización. Hay un tránsito significativo que debe ser recordado: el tránsito desde una concepción patrimonial de las relaciones civiles y privatísticas, hacia una concepción de tipo diverso.

---

(1) Este escrito reproduce el sumario de un ciclo de conferencias pronunciadas en la Universidad Central de Barcelona, en el Colegio Oliva, de Barcelona, y en las Universidades de Valladolid y Zaragoza los días 15, 19 y 22 de octubre de 1981. La traducción es del Dr. D. José María de la Cuesta Sáenz, Profesor adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid.

En los Códigos europeos del siglo XIX, la institución de la propiedad, especialmente la inmobiliaria, representa la institución cardinal del Derecho civil y del Derecho privado en general. Posteriormente, en la fase neoindustrial, se intensifica la exigencia de favorecer la productividad, lo que se traduce en una consideración del derecho de propiedad no ya en forma estática, sino en forma dinámica, esto es, como libertad de empresa, como actividad empresarial, como organización de bienes y servicios. Esta concepción de las relaciones interindividuales, especialmente de Derecho privado, es preferentemente patrimonialista. A ella se contraponen casi todas las constituciones del occidente europeo y, entre ellas, la Constitución española, la cual no considera ya la propiedad y la libertad de empresa como valores intrínsecos, como bienes dignos de protección por sí mismos, sino solamente en cuanto destinados a la actuación de valores existenciales, es decir, a la realización de la justicia social y especialmente de los derechos fundamentales del hombre. Podría decirse esquemáticamente y como aproximación, que el centro de atención del ordenamiento jurídico español, por efecto de la Carta constitucional, sea trasladado desde la propiedad y la empresa, hacia la persona humana, sus valores, su significado existencial, ideológico, y consiguientemente jurídico. Si esta es la opción política legislativa asumida por el constituyente español de 1978, no cabe duda de que el civilista debe replantearse sus propias construcciones y las soluciones alcanzadas dentro del ámbito del análisis tradicional de las instituciones fundamentales del Derecho civil, como el contrato, la obligación, la propiedad privada, la empresa, la familia.

La atención a la Constitución, por tanto, no puede ser considerada como competencia exclusiva de los «publicistas» y de los «constitucionalistas», sino que debe ser tenida como una tarea a la que, por exigencias metodológicas y de técnica interpretativa, no puede sustraerse el jurista, ni mucho menos el civilista.

No basta subrayar el aspecto organizativo de la Constitución, que hace referencia al aparato del Estado, al Parlamento, al Tribunal Constitucional, al Gobierno, a la Corona, al Rey. Estos aspectos, que ciertamente han ocupado la atención de los constitucionalistas, tienen un significado y un papel en cuanto que constituyen instrumentos para la actuación de los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos. Si fuese posible devidir la Constitución en dos partes, la segunda, relativa a la organización del Estado, no podría ser considerada sino en función de la primera parte, del primer Título, que regula los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos. Sobre este punto existen indicaciones precisas del legislador, sobre las que es oportuno detenerse.

Lo que caracteriza a un Estado y a una Constitución, no es tanto la forma monárquica o republicana, ni la amplitud de los poderes del Presidente del Gobierno con respecto a los otros órganos del Estado. También estos aspectos son ciertamente importantes; pero es aún más importante comprender que estos órganos

y estas estructuras del Estado están subordinadas a la realización de valores fundamentales y superiores que son los valores presentes en la Constitución.

La caracterización, por tanto, de una Constitución, viene dada preferentemente por el entramado de las situaciones patrimoniales y de las situaciones existenciales: propiedad, empresa, trabajo, derechos de la personalidad. Sólo después de haber compulsado de qué modo estas situaciones se combinan y se equilibran entre sí, es posible afirmar si se está en presencia de un Estado social de Derecho, o solamente en presencia de un Estado de Derecho.

La subordinación de un Estado a las exigencias existenciales de los ciudadanos queda subrayada en más de un pasaje de la Constitución. Basta pensar en el artículo 9, donde se dice que los ciudadanos y los poderes públicos están sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico: no sólo, pues, los ciudadanos, sino también los poderes públicos. El concepto reaparece en el párrafo 2.º del mismo artículo, donde se especifica que compete a los poderes públicos (es decir a los órganos del Estado) promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas, remover los obstáculos que hagan difícil su realización y facilitar la participación de todos en la vida política, económica y social. En el párrafo tercero se advierte por último que existe responsabilidad y prohibición de actuación arbitraria de los poderes públicos. Por tanto, el artículo 9 en su conjunto dispone explícitamente que los poderes públicos deben desenvolver sus funciones en el ámbito y con respeto de los derechos y deberes fundamentales, es decir, de los valores que caracterizan al ordenamiento. Esto resulta confirmado, por ejemplo, en el artículo 103, según el cual la Administración pública debe actuar con el máximo respeto del principio de legalidad; en el artículo 86 que prohíbe al poder ejecutivo modificar mediante decretos leyes los aspectos fundamentales de la Constitución, y en especial los derechos y deberes de los ciudadanos. Es obvio además que en el artículo 1 la Constitución introduce el concepto de Estado social y democrático. Se trata de dos adjetivos, social y democrático, que —desde el punto de vista jurídico— califican en mayor medida de lo que comunmente se piensa. Estado democrático y social de Derecho significa no solamente principio de legalidad, sino principio de legalidad constitucional que tiene su fundamento en la soberanía popular y en el respeto de los valores existenciales de la persona. Este Estado social, como afirma el artículo 1, postula como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad, el pluralismo político. Cada uno de estos conceptos merecería reflexiones muy profundas. Es en cualquier caso oportuno llamar la atención sobre el concepto de pluralismo político, muy querido de la Constitución española del 78 que lo evidencia en muchas de sus normas. Pluralismo político significa participación de todos en la vida del país; y cuando

el legislador constituyente ha legislado sobre el partido y sobre el sindicato, cuando ha establecido los principios para el asociacionismo, se ha preocupado siempre de subrayar que estas asociaciones deben estar en su interior organizadas en forma democrática y deben tender hacia fines de participación democrática. De otro modo, los sindicatos, los partidos, las asociaciones, se pondrían en abierto contraste con la Constitución. El pluralismo político presupone en la lógica del poder constituyente del 78, incluso una economía mixta. Esto se desprende de la circunstancia de que la propiedad privada, como la libertad de empresa, se halla garantizada pero no de modo absoluto, sino dentro de ciertos límites. Así, respecto a la propiedad privada, se ha previsto su subordinación a la realización de valores existenciales. Es, por tanto, cierto, que el pluralismo político en la acepción de la Constitución española, significa también mantenimiento de una economía privada y pública: no solamente privada, pero tampoco exclusivamente pública. Se ha escogido así un camino que respeta también a la economía privada el valor de garantía del pluralismo político. En otras palabras, para la Constitución española, como para otras constituciones europeas, el pluralismo político sólo puede subsistir en concreto en tanto en cuanto se reconozca una autonomía económica, repudiándose de tal modo la concepción estatalista por una parte, y la concepción liberal por la otra.

La nueva Constitución española, por tanto, incide profundamente sobre todas las instituciones del Derecho privado, actúa como fuerza disolvente de los viejos esquemas y de los viejos conceptos que deben ser necesariamente cambiados. El centrar la atención sobre los derechos fundamentales del hombre, permite valorar de modo diferente algunas instituciones del Derecho civil. Por ejemplo la propiedad privada. Esta es protegida por el artículo 33 de la Constitución, pero con la condición de que cumpla una función social, a la luz de la cual se hace posible delimitar el contenido de los derechos de propiedad y de sucesión hereditaria conforme a las leyes. En la Constitución, pues, no hay un reconocimiento de la propiedad en cuanto tal, sino de la propiedad privada en cuanto tiene función social. Los límites de la propiedad privada no son un *posteriorius*, algo que se añade después de su reconocimiento, sino que son la razón misma del reconocimiento y bajo este enfoque, muchas normas de la regulación de la propiedad privada que anteriormente habían de considerarse como normas excepcionales y no aplicables por analogía, hoy, desde esta perspectiva, se han convertido en normas conformes a los principios generales del ordenamiento, aplicables por tanto incluso por analogía.

Todavía, en materia de autonomía negocial, algunos artículos del Código permiten aclarar que las normas constitucionales inciden profundamente sobre su definición y sobre su amplitud. Sobre todo el artículo 1.258, en el que está previsto que los contratos se perfeccionen por el mero consentimiento y obliguen por

tanto no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, a los usos, y a la ley.

También la Constitución es una ley, y puede concurrir a la integración de lo dispuesto por las partes del contrato. Análogamente, en relación con el artículo 1.275 del C. c. que prevé: «Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral», se puede poner de relieve que la ilicitud de la causa negocial existe también para aquella causa que se opone a la Constitución, y que constituye un instrumento entorpecedor que obstaculiza la relación de los valores fundamentales presentes en aquélla. La misma noción de la ilicitud negocial, de ilicitud de la causa, resulta completamente cambiada a la luz de esta nueva filosofía de la coexistencia que emerge a nivel constitucional. Así, incluso el tema más técnico de todo el Derecho civil, el Derecho de las obligaciones, que parecería el más impermeable a la recepción de semejante influjo, sufre en este aspecto una mutación fundamental. Las cláusulas generales que caracterizan la conducta del deudor y del acreedor en su relación de cooperación, y sobre todo los principios de la buena fe y de la diligencia en el cumplimiento de la obligación, no pueden ya ser dotados de contenido a la luz de una concepción meramente productivista de las relaciones inter-subjetivistas patrimoniales, sino que deben asumir, en la elaboración jurisprudencial y doctrinal, contenidos diferentes, más adecuados a los valores fundamentales del ordenamiento.

A través, pues, del contenido de las cláusulas generales presentes en el Código civil y en las leyes ordinarias, la Constitución llega a encontrar un camino muy concreto para hallar aplicación práctica. Desde este punto de vista, el título I de la Constitución reviste un particular significado. La regulación encerrada bajo este título pone, en efecto, muy bien en evidencia los valores de esta nueva filosofía de la vida, respetuosa de la dignidad humana, del valor de la persona humana, es decir de la persona en sí misma, tanto como por aquello que tiene; se trata, acudiendo ahora a una frase tomada de la filosofía existencialista, de un claro reconocimiento, en clave de política legislativa, de la preferencia de la categoría del ser sobre la categoría del haber. Las profundas razones filosóficas e ideológicas que han impulsado también al constituyente español a esta toma de postura tan neta y precisa en la materia, obligan a replantear viejas técnicas interpretativas y en consecuencia viejas soluciones en relación con las instituciones del Derecho civil.

La Constitución de 1978 marca en este sentido la superación del momento histórico que ha caracterizado el desarrollo político cultural de Europa entera, en que se anteponía el interés superior del Estado al interés de la persona. Ha superado una concepción estatalista, en sentido negativo, del ordenamiento para dar paso a una concepción en la que el valor del individuo —no en cuanto ti-

tular de un arbitrio y de una voluntad incontrolada, sino en cuanto ser y por tanto persona— exige respeto por parte del Estado; hay en definitiva una preponderancia de los derechos fundamentales del ciudadano respecto a lo que es el interés superior del Estado. Esto significa que, como ya se ha dicho, la organización del Estado y de los entes locales contenida en la segunda parte de la Constitución, a partir del título II, tiene justificación en cuanto tiende a realizar los valores presentes en la primera parte de la Constitución. Esta parte primera es, por lo general, objeto del estudio de los constitucionalistas, pero los civilistas, retornando a la antigua tradición de los estudiosos de los derechos del ciudadano, deben a su vez utilizarla de manera eficaz, para llegar a una «civilización» del Derecho constitucional, esto es, una «civilización» de los principios organizativos que surgen de la Constitución. Se ha verificado por tanto, con qué maneras es posible realizar también en el campo del Derecho civil la actuación de los principios constitucionales.

El problema, bastante complejo y difícil, atañe a la teoría de la interpretación, es decir, a la misma actividad del jurista que no es otro que el intérprete. Con este propósito, pues, es oportuna alguna referencia a las fuentes del Derecho previstas por el artículo 1 del Código civil. Este, dispone lo siguiente: «Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho». El problema consiste por tanto en establecer cuáles son los principios generales del Derecho: éstos, en la época de publicación del Código civil, eran ciertamente los principios que podían derivarse del mismo Código civil y de las leyes ordinarias; eran aquellos principios generales consagrados por la doctrina civilista tradicional, como, por ejemplo, el principio de conservación del negocio, y así otros muchos. Se trataba de una serie de principios (por lo regular) de carácter técnico y bastante raramente de valor político constitucional, dado que los principios generales del ordenamiento se identificaban con los del Código civil, que, no sólo en España sino en todos los países de Europa, antes del advenimiento de las constituciones modernas, asumía una relevancia constitucional. El Código civil, en realidad, no era otra cosa que el «código de los códigos», y no por casualidad la parte general e interpretativa es premisa integrante del Código civil y no de los otros códigos que existen no obstante en los diversos ordenamientos. Un examen superficial podría, por tanto, inducir a sostener que incluso hoy los principios generales del ordenamiento jurídico son los del Código civil y no los principios constitucionales. Ya se ha comprobado sin embargo, si esta interpretación es correcta y si puede encontrar justificación. En el párrafo 2.º del artículo 1 se contiene otra norma bastante interesante a estos fines: «Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior». Es ya el propio Código civil el que afirma expresamente la invalidez de las leyes que contradicen otra norma de rango superior y ciertamente,

como mejor se apreciará a continuación, las normas constitucionales son, en el ámbito de la jerarquía de las fuentes, de rango superior a las normas del Código. Esta construcción, podría todavía encontrar algún obstáculo. En el párrafo 4 del mismo artículo 1 se dice: «Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico». Claro está que la más seria objeción a la utilización de las normas constitucionales por parte del civilista proviene ciertamente de esta norma, donde se afirma que el intérprete puede recurrir a los principios generales del ordenamiento solamente en defecto de ley y de costumbre, de modo que no podría remitirse a ellos si la ley dispusiese de modo explícito con relación a determinado supuesto de hecho.

Sin embargo, ya la expresión contenida en el párrafo 4, donde se especifica «sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico», manifiesta una reserva ausente en otros ordenamientos europeos, que facilita en el ordenamiento español la solución según la cual la interpretación y la aplicación de los principios generales es siempre posible, no siendo prejuzgada por la existencia de una norma de tipo reglamentario o una costumbre. Por otra parte, una diversa interpretación del párrafo 4 del artículo 1, tendente a reforzar el imperativo de aplicar la ley específica que prevé el caso, o la costumbre en concreto que prevé el caso, y a admitir únicamente en defecto de ley o costumbre, el recurso a los principios fundamentales del ordenamiento y en consecuencia a las normas constitucionales, habría de considerarse ciertamente inconstitucional, en cuanto se opone a la jerarquía normativa prevista taxativamente por la Constitución del 78. La unidad del ordenamiento jurídico viene dada por la jerarquía de las fuentes normativas que sitúa en su cúspide las normas constitucionales y, en un escalón inferior, las normas ordinarias, entre las que se comprende el Código civil. Así pues no puede haber una norma del Código civil, anterior a la Constitución del 78 que impida la aplicación de las normas constitucionales, permitiéndola solamente en defecto de ley o de costumbre. En realidad, si se quiere conservar vigente el párrafo 4 del artículo 1 del C. c., interpretándolo de manera conforme a los principios constitucionales, su ámbito de aplicación queda limitado a los principios generales del ordenamiento de rango ordinario, esto es, del Código civil y de las leyes ordinarias, y por tanto a aquellos mismos principios a que se hacía frecuentemente referencia en la época en que fue promulgado el Código civil, o, como mucho, a los principios que emergen de la legislación ordinaria hoy vigente. Ciertamente, sin embargo, no se pueden entender comprendidos en esta norma los principios constitucionales. La interpretación contraria, como ya se ha dicho, entraría en abierta colisión con la jerarquía normativa actual del Estado español, porque con una norma ordinaria (pf. 4 del art. 1 del C. c.) se evitaría la aplicación de normas constitucionales, pese a ser éstas de rango superior.

El Tribunal Constitucional, frente a una interpretación de este tipo, debería pronunciarse proclamando su ilegitimidad. Una de dos: o se declara inconstitucional íntegramente el precepto, o se dicta una sentencia en la que se afirme que los principios generales previstos por el párrafo 4 del artículo 1 del Código civil son únicamente los principios generales del ordenamiento ordinario, y no aquellos principios constitucionales en los cuales el Juez debe siempre inspirarse porque constituyen el punto de referencia constante del ordenamiento jurídico. Si estas afirmaciones tienen algún fundamento, se debe reconocer que también el civilista debe hacer referencia a la Constitución no sólo cuando falta la ley ordinaria o la costumbre, sino también cuando se halle presente. En efecto, el civilista en su actividad hermenéutica debe recurrir siempre de modo directo e inmediato a los principios del ordenamiento constitucional, ya que estos mismos son el fundamento de las variadas instituciones del Derecho civil.

Parece oportuna en este momento alguna reflexión sobre las normas que regulan la interpretación y la aplicación de la ley. El artículo 3 del Código civil dispone que: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas». Se habla de espíritu y finalidad de la norma; debe sin embargo aclararse enseguida que en un ordenamiento renovado en sus principios fundamentales, todas las normas asumen un espíritu y una finalidad diversos del espíritu y finalidad del tiempo de su publicación. De ello se deriva la actualidad del ordenamiento jurídico: basta modificar sus principios fundamentales para que cada institución, cada norma, lleguen a asumir en el conjunto del ordenamiento jurídico, dentro de una interpretación sistemática, un espíritu nuevo y una finalidad nueva. Existe pues, la posibilidad para el intérprete de dar entrada en cada institución en particular del Derecho civil, al espíritu y los valores de la Constitución, a través de la interpretación y dentro del respeto de sus reglas técnicas. Esto resulta confirmado a mayor abundamiento por el artículo 4 del Código civil, cuando en su párrafo 1 dispone que: «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». La norma habla de identidad de razón, la cual, en tal caso, no es otra cosa que el fundamento racional, es decir, la justificación de la institución jurídica, y la justificación de la institución jurídica está íntimamente enlazada con los principios fundamentales del ordenamiento. Se puede, por tanto, decir que la interpretación analógica no solamente es el motor de la dinámica del ordenamiento jurídico, sino que es también el instrumento más eficaz que tiene el intérprete para conducir hechos nuevos al ámbito de la regulación ya prevista por el legislador. Esta identidad de razón, esta identidad de justificación

tiene una estrecha ligazón con los principios fundamentales del ordenamiento, y debe ser tenida en cuenta al interpretar el párrafo 2 del mismo artículo 4, cuando establece que «las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas». El Código reenvía la definición de las leyes excepcionales, pero no por casualidad el párrafo 2 del artículo 4 sigue inmediatamente a la definición de identidad de razón. Se puede a partir de ello argumentar que cuando las leyes contrastan con los principios fundamentales del ordenamiento, son excepcionales, y cuando por el contrario no contrastan con los principios fundamentales del ordenamiento no pueden definirse como excepcionales, y por tanto son aplicables por analogía. Con el advenimiento de la Constitución; con la mutación de los valores y de los principios fundamentales del ordenamiento, muchas leyes que eran excepcionales no lo son ya, y viceversa. He ahí por qué, con la aparición de nuevos principios jurídicos, algunas normas resultan, a consecuencia de su enfrentamiento con ellos, excepcionales, y por tanto no aplicables por analogía, y he aquí por qué a consecuencia de una nueva modificación de tales principios jurídicos las mismas normas pueden dejar de ser consideradas como excepcionales, y ser aplicables por analogía.

También el párrafo 3 del artículo 4, cuando dispone: «Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes», introduce una problemática ciertamente desconocida para el legislador de la época. En efecto, ¿cuál es hoy el Derecho común? ¿El Código civil, o los principios fundamentales de la Constitución? Por «otras leyes», ¿se entienden sólo las leyes especiales, o también la Constitución? ¿El Código civil tiene también valor supletorio incluso en relación con la Constitución, porque la Constitución es ley primaria y en la jerarquía normativa precede al Código civil, o el Código civil tiene un valor diverso? Después de este rápido examen se puede ya afirmar que los principios generales del ordenamiento —y sobre esto se halla de acuerdo la propia doctrina alemana— encuentran actuación a través de las cláusulas generales como el orden público, la buena fe, la diligencia, la corrección, el abuso del derecho, el ejercicio antisocial o social del derecho. Estas y muchas otras cláusulas generales, con la Constitución del 78, han asumido un significado completamente distinto del que tenían antes. Así por ejemplo, el artículo 6, párrafo 2 del C. c. establece la eficacia general de las normas jurídicas: «La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros». En este punto es legítimo plantearse el problema del concepto de orden público hoy. No es ciertamente ya el orden público del Código civil tal y como fue concebido en el momento de su promulgación, sino aquel concepto constitucional, es decir, el orden público a que se hace referencia en varias

normas de la Carta constitucional. Se trata de un orden público no ya propio de un Estado policía, garante de las situaciones adquiridas, sino de un Estado social democrático y promotor de la justicia social. Cambia por tanto, la importancia, el concepto, la extensión del orden público, y entonces se puede afirmar que el artículo 6 del Código civil permite la aplicación de los valores y de los principios constitucionales también a efectos de valorar cuál sea la eficacia general de las normas. Lo mismo puede decirse en materia de buena fe, donde el artículo 7, párrafo 1 afirma claramente que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe». La buena fe como cláusula general no puede ser ahora aquella buena fe patriarcal, típica de una sociedad estática. Es más bien aquella buena fe propia de una sociedad dinámica, que sitúa en el centro de su atención los valores de la persona humana. Se cambia por completo la noción de buena fe, al igual que la noción de diligencia. De este modo, los principios fundamentales de la Constitución, penetran en aquella parte más ahistórica, si así puede definirse, del Derecho civil, es decir en el Derecho de las obligaciones que podría parecer idéntico a sí mismo en el tiempo y en la historia. En realidad, el comportamiento diligente del acreedor o del deudor, el comportamiento de buena fe o conforme a las normas de corrección del acreedor o del deudor, no son parámetros históricamente fijos, sino que cambian, no de acuerdo con el bagaje cultural del Juez, sino según los valores fundamentales del ordenamiento, entre los que figuran en primer lugar los valores constitucionales. Así, los valores de tutela de la persona humana y los derechos fundamentales del individuo penetran a través de las cláusulas generales, incluso en los sectores más técnicos del Derecho civil. En efecto, se podría definir como cláusula general y norma fundamental de la misma Constitución, la norma enunciada en su artículo 10, párrafo 1, donde se afirma que la dignidad de la persona humana, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto de la ley y de los derechos de los demás, son el fundamento del orden político y de la paz social.

La aplicación directa de las normas constitucionales puede también realizarse mediante otro instrumento típico de la hermenéutica, constituido por lo que, según enseñan los más antiguos autores, es la llamada disposición combinada. Cuando se debe dar respuesta a un problema, sólo aparentemente se halla éste resuelto por una norma, aunque ésta prevea el caso. En realidad no se puede operar una mera subsunción, o sea, proceder al encasillamiento del hecho concreto en la norma abstracta, como si el proceso interpretativo se agotase en una operación mecánica. Ante un hecho concreto se debe proceder a una valoración del mismo en su complejidad y se debe aislar en el ámbito de todo el ordenamiento jurídico, no una norma única, sino un complejo de normas y principios, es decir, la normativa aplicable a aquel caso concreto. Así se individualiza la normativa más compatible y más conveniente,

según la lógica del ordenamiento, para la solución del caso concreto. En este contexto, un caso concreto nunca se resolverá encontrando dentro de todo el ordenamiento, la norma que lo prevea expresamente, incluso cuando ésta exista, sino que se debe encontrar un fundamento constitucional para la norma, es decir, los principios del ordenamiento de los que ella es expresión, porque toda norma es expresión de un principio. No existe, pues, distinción lógica entre norma reglamentaria y norma de principio, porque toda norma es siempre expresión de un valor y de un principio. Así pues, cuando se aplica una norma a una situación concreta, en realidad se está aplicando a ese caso concreto, aun inconscientemente, no una norma singular, sino una normativa que es al mismo tiempo síntesis de principios fundamentales del ordenamiento y de normas reglamentarias. Esto significa, por ejemplo, que cuando se aplica una nueva norma o una nueva ley, la aplicación no tiene una trascendencia limitada exclusivamente a aquella norma o a aquella ley, sino que se extiende también a los principios constitucionales que la justificaron. Por tanto, al aplicar cierto precepto de la regulación matrimonial se procederá a una aplicación contextual del artículo 39, del artículo 10, del principio de igualdad constitucional, es decir, de toda una serie de principios que representan la justificación constitucional de la legislación ordinaria, también reformadora del Derecho matrimonial. Ello significa que se aplicarán los principios constitucionales a través de la técnica de la disposición combinada, aunque no se tenga conciencia de ello. Y esto ocurrirá también cuando externamente parezca aplicada una norma específica, nueva, que responde a la lógica constitucional, pues en realidad no se hace otra cosa que aplicar una normativa compleja, compuesta de la norma, pongamos por caso, de la reforma del Derecho matrimonial, conjuntamente con uno o más principios de la Constitución, es decir, de una o más normas fundamentales de la Constitución.

El aspecto más interesante de la aplicación de las normas constitucionales en las relaciones intersubjetivas, y la utilización por parte del civilista de los principios constitucionales, se manifiesta con mayor evidencia en la hipótesis en que falta una norma ordinaria, es decir, cuando falta un supuesto de hecho abstracto ordinario que prevea el caso concreto. En esta hipótesis el intérprete está obligado a remitirse a los principios generales del ordenamiento, a los que el mismo artículo 1 del Código civil hace referencia considerándolos instrumentos subsidiarios. En realidad, en defecto de legislación ordinaria que prevea la hipótesis concreta, no se hace otra cosa que aplicar los principios fundamentales de la Constitución en cuanto a las relaciones intersubjetivas. En otros términos, el intérprete civilista no hace otra cosa que utilizar las normas constitucionales en las relaciones entre particulares. Cierto que frente a esta afirmación se opone el viejo prejuicio de que las normas constitucionales no son normas jurídicas, sino normas políticas o programáticas. Esto, sin embargo, es solamente un pre-

juicio: el constituyente, cuando ha legislado, lo ha hecho asumiendo el ropaje y la naturaleza de cualquier otro legislador. Querer definir como políticas las normas constitucionales, en el sentido de sustraerlas toda relevancia jurídica, aparece como algo arbitrario: las normas constitucionales son normas jurídicas y son principios fundamentales del ordenamiento, a los que es posible recurrir para resolver problemas concretos entre sujetos privados. No por casualidad el artículo 9, párrafo 1 de la Constitución dispone que los ciudadanos y los poderes públicos están sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. El principio de legalidad constitucional no encuentra excepciones: todos se encuentran sometidos y no es admisible ninguna exclusión en un ordenamiento democrático.

El artículo 53 de la Constitución prevé, aunque no expresamente, que en relación a los derechos fundamentales es posible de modo directo y en vía excepcional —cosa ya admitida por la doctrina germánica— que el ciudadano con base en las normas constitucionales recurra al Tribunal Constitucional, o, en cualquier caso, al Juez, por violación de uno de los principios fundamentales del ordenamiento, por violación de sus derechos de ciudadano. El artículo 53, párrafo 2, se expresa así: los derechos y libertades reconocidos en el cap. II del presente título, vinculan a todos los poderes públicos. El párrafo 2 del mismo artículo establece que cualquier ciudadano podrá obtener la tutela de las libertades y derechos reconocidos por los artículos 14 a 29, ante los Tribunales ordinarios a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Se rinde cuenta por tanto, de que para los derechos de la personalidad, que son los previstos por los artículos 14 y ss., el legislador español prevé expresamente que el ciudadano pueda recurrir por violación de una de las normas constitucionales, directamente al Juez ordinario; ello significa que la norma constitucional es el parámetro para establecer la licitud o ilicitud del comportamiento de los sujetos en las relaciones entre particulares. En efecto, en otros países, donde sin embargo falta esta previsión expresa, como por ejemplo en Italia, los Tribunales ordinarios han utilizado de modo bastante usual las normas constitucionales para tutelar, en defecto de ley ordinaria, situaciones que de otro modo no habrían tenido protección. Baste con referir la aplicación directa de las normas constitucionales sobre la justa retribución en la relación laboral por cuenta ajena. Incluso los Tribunales de menores han hecho gran aplicación de las normas constitucionales atribuyendo al menor el derecho a tomar decisiones vitales en los casos en que el legislador ordinario no les concedía ningún derecho a tales decisiones. Ello significa, pues, que se ha abierto una brecha en la concepción tradicional que no estimaba posible la aplicación directa de las normas constitucionales a las relaciones entre particulares. Se puede afirmar además que el artículo 53.3 prevé que el reconocimiento, el

respeto y la protección de los principios enunciados inspiren la legislación positiva, la práctica judicial y la acción de los poderes públicos. Significa, pues, que los valores afirmados en el cap. II, esto es, los derechos fundamentales de los ciudadanos, deben inspirar la práctica judicial, así como que el Juez no puede dejar de tenerles en cuenta en la práctica cotidiana. Tenemos en tal norma el reconocimiento de que incluso en el momento del juicio, el Juez ordinario debe respetar y poner en práctica los principios y valores de la Constitución.

El razonamiento podría extenderse a la misma estructura organizativa del Estado, a los poderes de la Administración pública y en particular del ejecutivo y de la magistratura que deben respetar los principios y los valores de la primera parte de la Constitución. Incluso el artículo 61 de la Constitución prevé que el Rey, en el momento de ser proclamado ante las Cortes Generales, prestará juramento de cumplir fielmente sus funciones, observar y hacer observar la Constitución, las leyes, y respetar los derechos de los ciudadanos y de las comunidades autónomas. Cuando se habla de derechos de los ciudadanos se hace cierta referencia a los derechos fundamentales de los ciudadanos; por tanto, el mismo Rey está obligado al respeto, en las relaciones con los otros ciudadanos, de los valores fundamentales de la Constitución del 78.

Se podría objetar que el Juez ordinario no se puede arrogar el derecho de aplicar la norma constitucional en las relaciones inter-subjetivas, ya que la Constitución en el artículo 161 y ss. ha previsto que la legitimidad constitucional de las normas ordinarias es prerrogativa exclusiva del Tribunal Constitucional. Es necesario hacer ciertas observaciones al respecto. El artículo 161 precisa que en el recurso de inconstitucionalidad frente a leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, es competente el Tribunal Constitucional, y añade que la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica de rango legislativo que hubiese sido objeto de interpretación por parte de la jurisprudencia, condicionará a esta última, pero la sentencia o las sentencias dictadas anteriormente no perderán el valor de cosa juzgada. Es inútil recordar que el recurso al Tribunal Constitucional para someter cuestiones de legalidad, puede ser de dos tipos: uno principal, y otro incidental. El incidental está previsto en el artículo 163, donde se dice: cuando con ocasión de un proceso un órgano judicial considere que una norma de rango legislativo aplicable al caso y de cuya validez dependa la sentencia, es decir, una norma determinante respecto a la decisión, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional, en los casos, con las modalidades y los efectos establecidos por la ley, sin que en ningún caso pueda producirse suspensión; sabia decisión el prever esta falta de suspensión del juicio. La competencia para abrogar la norma anticonstitucional corresponde, sin duda, exclusivamente al Tribunal Constitucional.

Pero ello no excluye, sino postula, cierta discrecionalidad del

Juez ordinario para someter la cuestión de inconstitucionalidad al Juez constitucional. Es decir, siempre que un órgano judicial considere que una norma de rango legislativo es aplicable al caso concreto, la aplicará sin reenviar la cuestión al Tribunal Constitucional.

Según la Constitución el Juez está sometido solamente a la ley; de la ley, a la que está sometido, forma también parte la norma constitucional. Si éste, para alcanzar la solución adecuada al caso, debe utilizar la norma constitucional junta o separadamente de las normas ordinarias, es su deber hacerlo, pues de otro modo violaría el principio de legalidad. El problema merecería mucha más atención, pero en esta sede es suficiente apelar a un dato bastante significativo. Al final de la Constitución se encuentra la disposición derogatoria, donde bajo el número 3, se dice expresamente: quedan igualmente derogadas todas aquellas disposiciones que se opongan a cuanto se establece en esta Constitución. ¿Quién debe declarar esta derogación implícita, si no es el Juez ordinario, y cómo hará el Juez ordinario para constatar que existe esta derogación implícita, es decir, este contraste entre la norma precedente ordinaria y la Constitución, si no es utilizando el valor y el alcance de las normas constitucionales? Es el mismo constituyente quien atribuye al Juez ordinario este poder. Basta leer la fórmula de la promulgación de la Constitución, significativa en sí misma y por sí misma. Dice el Rey, que ha firmado la Constitución: ordeno a todos los españoles, ciudadanos privados y autoridades, que observen y hagan observar esta Constitución como norma fundamental del Estado. Esto significa que la norma constitucional no es una norma política, programática, indicativa, sino que es una norma jurídica, en tanto que el Rey ordena a sus ciudadanos, sin exclusión, que sea respetada y aplicada.

Se puede, por tanto, concluir que incluso en las relaciones entre particulares, incluso en aquellas que son tradicionalmente relaciones intersubjetivas, entre acreedor y deudor, entre propietario y vecino, entre titular de la servidumbre y titular del usufructo, esto es, en todas las relaciones jurídicas típicas del Derecho civil, la norma constitucional tiene una presencia y funciona como criterio de valoración de los comportamientos. Ella expresa los valores fundamentales de tipo jurídico a los que el intérprete debe referirse para decidir si la conducta es diligente o no, si es de buena fe o no, si es vejatoria o no, porque este es el deseo del constituyente y es esto lo que se deduce de los principios de la teoría de la interpretación.

En este sentido, es ingente la tarea a realizar: la norma constitucional asume una función promotora de la transformación de las instituciones tradicionales del Derecho civil. Es preciso por tanto interpretar las instituciones civilísticas a la luz de los principios fundamentales. Es preciso elaborar una nueva teoría de las fuentes del Derecho civil, respetuosa de las particularidades y

de las nacionalidades, pero siempre respetuosa de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, que son los principios constitucionales. Es preciso proceder a una revisión de los conceptos tradicionales (el derecho subjetivo, la relación jurídica, el negocio jurídico, la obligación), para que las viejas técnicas asuman funciones y contenidos diversos: las instituciones continúan nominalmente siendo las mismas, pero funcional y teleológicamente son diferentes. Al abandonar lo que se puede definir como método formalista, tendente a encasillar todos los hechos concretos en nociones y conceptos tradicionales, se debe intentar, en el máximo respeto de las particularidades de los hechos concretos, individualizar, dentro del ordenamiento jurídico en su integridad y complejidad, la solución normativa más adecuada, más compatible con el caso concreto. El procedimiento hermenéutico no puede por tanto ser mecánico siguiendo la técnica de la subsunción del hecho concreto en el supuesto de hecho abstracto de la norma con posibilidad de violentar el hecho concreto, sino que debe ser respetuoso al máximo con las particularidades del caso concreto. Se asistirá entonces a la construcción de un Derecho civil ya no dogmático en el que no se estudiará ya la obligación, sino las obligaciones (la obligación de alimentos, la obligación de sostenimiento, la obligación personal, que presentan elementos de diferenciación respecto a las obligaciones comerciales, a las obligaciones asumidas por la gran empresa o por la gran sociedad); tampoco la propiedad, sino «muchas formas de propiedad» (la pequeña propiedad, la gran propiedad, la propiedad de la gran sociedad por acciones). Habrá diversos estatutos normativos según la diversidad de la función y del interés. En conclusión se puede decir que hoy es indispensable volver a pensar íntegramente el Derecho civil entero, y no sólo el Derecho civil, a la luz de los principios constitucionales, sobre la base de dos certezas precisas: La primera es que el ordenamiento jurídico constituye un todo unitario, debiéndose pues evitar particiones del Derecho, más académicas y didácticas que de carácter científico y objetivo. Razonar sobre Derecho privado y público, sobre Derecho constitucional y administrativo, significa referirse a clasificaciones muy interesantes, pero ello no debe hacer olvidar que el ordenamiento es unitario y que en su base existen unos principios fundamentales de la Constitución. La segunda es que en este trabajo de replanteamiento la máxima atención está puesta no sólo en las normas, en el Código civil, en las leyes, en las construcciones jurídicas, en los conceptos (derecho subjetivo relación, negocio), en la dogmática del Derecho, sino también en la realidad social, en los hechos concretos, en la situación histórica en la que se vive. El Derecho entonces se presenta como fenómeno unitario incluso bajo otro enfoque: no hay una realidad social y económica primero, y una realidad normativa después, ni al revés. La realidad es unitaria: es jurídica, es social, económica y religiosa al mismo tiempo. El jurista debe tener sensibi-

lidad histórico-normativa, histórico-política para comprender la realidad en su complejidad. Esto significa que es preciso adquirir una sensibilidad constitucional. Es preciso que en los cursos de Derecho positivo (civil, penal, administrativo), estén siempre presentes los valores fundamentales del ordenamiento. Y ciertamente este trabajo de revisión del ordenamiento desde el ángulo de la interpretación, no es una actividad de pocos años. Debe ocupar a toda una generación de juristas, no sólo de docentes universitarios, de profesores, sino de operadores del Derecho. Esto será posible en la medida en que los estudiantes de la Universidad sean formados desde los primeros años mediante una enseñanza impregnada de este espíritu y de esta sensibilidad constitucional.

# El «casus dubius» en los Códigos de la Ilustración Germánica

(Estudios sobre la Codificación. Interpretación de las prohibiciones de interpretar. II)

PABLO SALVADOR CODERCH,  
*Catedrático de Derecho Civil*

Este trabajo está dedicado al profesor don José Beltrán de Heredia, en cuyos Estudios de homenaje aparecerá próximamente. El autor agradece aquí la ayuda que recibió del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte de Franckfurt am Main; sin ella su realización hubiera resultado imposible.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCION.—2. EL CASUS DUBIUS.—3. LA INTERPRETACION JUDICIAL EN LA CODIFICACION PRUSIANA: 3.1. La renuncia al ideal de la claridad en la codificación prusiana. Los cánones de la interpretación literal y lógica y la crítica de Schlosser al Proyecto de 1784 1788. 3.2. La regulación de la aplicación judicial del derecho en el ALR de 1794: 3.2.1. Svarez y Carmer: Una concepción dualista del ordenamiento jurídico. 3.2.2. La regla del parágrafo 46 de la Introducción al ALR: La letra y el fundamento de la ley. 3.2.3. La regla del parágrafo 49 de la Introducción al ALR: Defecto de ley y defecto de la ley. 3.3. La derogación de las reglas sobre interpretación del ALR.—4. LA CODIFICACION CIVIL AUSTRIACA: DEL RECURSO AL LEGISLADOR A LOS PRINCIPIOS JURIDICOS NATURALES.—5. EPILOGO: DE LOS PRINCIPIOS JURIDICOS NATURALES A LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

## 1. INTRODUCCION (1)

En la historia de la Codificación civil el Código prusiano de 1794 (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, en adelante:

(1) En la literatura más reciente hay que citar la obra de CLAUSDIETER SCHOTT, «*Rechtsgrundsätze*» und *Gesetzkorrektur. Ein Beitrag zur Geschichte gesetzlicher Rechtsfindungsregeln* (Studien zur Rechtsgeschichte, Heft 9). Berlin. Duncker und Humblot, 1975. Por otro lado son ya clásicas las numerosas aportaciones del gran historiador del derecho HERMANN CONRAD: Dos síntesis básicas en su manual, *Deutsche Rechtsgeschichte. Band II. Neuzeit*

ALR) y el Código civil austriaco de 1811 (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, en adelante: ABGB) constituyen, sin duda, las dos realizaciones más importante del Iluminismo jurídico.

Las reglas sobre la interpretación judicial que se fueron proponiendo en los precedentes de ambos textos, en ellos o, en su caso, en sus reformas posteriores son a un tiempo una manifestación clara del influjo de la cultura iusracionalista y una de las bases de orientaciones

*bis 1806 Ein Lehrbuch*. Karlsruhe. Verlag C. F. Müller, 1966, 382 y ss. y, especialmente en: *Richter und Gesetz im Übergang vom Absolutismus zum Verfassungsstaat* (Kleine Arbeitsreihe des Instituts für europäische und vergleichende Rechtsgeschichte der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz. Hrsg. von Berthold Sutter. Heft 3) Graz. Buch- und Offsetdruck Dorrong, 1971. V. también: *Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten von 1794*. Köln und Opladen. Westdeutscher Verlag, 1958; *Zu den geistigen Grundlagen des Strafrechtsreform Josephs II* (1780-1788); en: *Festschrift für Helmuth von Weber zum 70. Geburtstag*. Hrsg. von HANS WELZEL, HERMAN CONRAD, ARMIN KAUFMANN und HILDE KAUFMANN. Bonn. Ludwig Röhrscheid Verlag, 1963, 56 y ss. Sobre el tema de la interpretación en el ALR véase la Introducción (*Einführung*) de Hans Hattenhauer a la edición del ALR: *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794. Mit einer Einführung von Dr. Hans Hattenhauer... und einer Bibliographie von Dr. Günter Bernert*. Frankfurt am Main Berlin. Alfred Metzner Verlag, 1970, 12 y ss. Más bibliografía en H. J. Becker. *Auslegungs- und Kommentierungsverbot*. HRG. II, 963 y ss. Para un panorama de la cultura jurídica sobre, respectivamente, el ALR y el ABGB v. WOLFGANG WAGNER, *Die Wissenschaft des gemeinen römischen Rechts und das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten*. En HELMUT COING y WALTER WILHELM (Hrsg.). *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert* (Studien zur Rechtswissenschaft des neunzehnten Jahrhunderts. Band 1. «Neunzehntes Jahrhundert». Forschungsunternehmen der Fritz Thyssen Stiftung). Frankfurt am Main. Vittorio Klostermann, 1974, 19 y ss., y en el mismo volumen WERNER OGRIS, *Die Wissenschaft des gemeinen römischen Rechts und das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, 153 y ss. En la literatura más antigua, el trabajo fundamental es el de JOSEF LUKAS, *Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers. Festgabe für Paul Laband zum fünfzigsten Jahrstage der Doktor-Promotion*. Tübingen. Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1908. I, 399 y ss. El trabajo de Lukas originó una polémica doctrinal con el historiador del derecho inglés Julius Hatschek, que todavía hoy puede ser consultada con aprovechamiento. La polémica se originó tras la crítica de Lukas a las afirmaciones de Hatschek sobre la influencia de Bentham en la codificación francesa contenidas en su *Englisches Staatsrecht mit Berücksichtigung der für Schottland und Irland geltenden Sonderheiten. Band I: Die Verfassung*. Tübingen. Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1905, 153 y ss. Las réplicas y contrarréplicas de uno y otro se pueden ver en el *Archiv für öffentliches Recht*, las de Hatschek en «Bentham und die Geschlossenheit des Rechtssystems. Eine Kritik und ein Versuch». XXIV, 1909, 442 y ss. «Bentham Einfluss auf die Geschlossenheit der Kodification». XXVI, 1910, 67 y ss. y «Bentham und die Geschlossenheit des Rechtssystems. Ein Schlusswort». XXXVI, 1910, 458 y ss. Y las de Lukas en «Bentham Einfluss auf die Geschlossenheit der Kodifikation. Ein Schlusswort». XXVI, 1910, 465 y ss. Posteriormente, v. LUDWIG SPIEGEL, *Gesetz und Recht, Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellentheorie*. (Prager Staatswissenschaftliche Untersuchungen hrsg. von H. Rauchberg, P. Gander, L. Spiethoff und R. Zuckerstandl. Heft 1). München und Leipzig. Verlag von Duncker und Humblot, 1913, Cap. VI, 100 y ss., corrigiendo algunas inexactitudes históricas cometidas por Lukas al historiar la evolución de las reglas sobre el recurso al legislador en la codificación austriaca.

presentes todavía hoy en los títulos preliminares de algunos códigos más modernos como, por ejemplo, el español.

Preguntas tales como por qué las alusiones a los principios generales del Derecho aparecen ya en sede de interpretación, ya en sede de fuentes del Derecho —compárese de momento la vieja y la nueva redacción del Título Preliminar del Código civil español— encuentran respuesta y explicación a partir del análisis de los textos citados.

Savigny inició en *Vom Beruf* la práctica consistente en comparar el ALR y el ABGB entre sí y ambos con el *Code civil* francés de 1804 (2). Aquí se seguirá esta tradición pero no puede dejarse de advertir la dosis de arbitrariedad que supone marginar otros textos relevantes para la cuestión en estudio (p. ej., en sede de codificación penal o procesal). Ha primado en este caso la deformación del civilista.

En este trabajo se analizarán solamente las reglas sobre la interpretación judicial en la codificación austríaca y prusiana, dejando para una segunda parte el caso francés y su incidencia en el área cultural latina.

Además y para no alargar su extensión, se da aquí por supuesto el detalle de la peripecia codificadora en los países citados. Una buena y apretada síntesis puede verse en el segundo tomo de la *Deutsche Rechtsgeschichte* de Hermann Conrad (n. 1; II, pp. 382 y ss.) o, subsidiariamente, en la *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* de Franz Wieacker (p. 1; pp. 322 y ss.). Baste con apuntar que:

1) En Prusia, tras algunos intentos frustrados durante la primera mitad del siglo XVIII, la codificación es realmente la obra póstuma de la política ilustrada de Federico el Grande (1740-1786).

---

HANS THIEME, «Die Zeit des späten Naturrechts. Eine privatrechtsgeschichtliche Studie». *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte* (GA). LVI, 1936, 202 y ss. y «Die Preussische Kodification. Privatrechtsgeschichtliche Studien. II». *Ibid.* LVII, 1937, 355 y ss.

Cfr. también FRIEDRICH EBEL, *Über Legaldefinitionen. Rechtshistorische Studie zur Entwicklung der Gesetzgebungstechnik in Deutschland, insbesondere über das Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsdarstellung* (Schriften zur Rechtsgeschichte. Heft 6), Berlin. Duncker und Humblot, 1974, 156 y ss.

En España ha tenido una influencia importante la obra de un sector de la doctrina italiana. Paradigma: GIOVANNI TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Vol. I. Assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna. Società editrice il Mulino, 1976, 67, 223, 486 y ss. En la literatura italiana menos reciente es de destacar sobre todo: GIOELE SOLARI, *Filosofia del diritto privato. I. Individualismo e Diritto Privato* (Università di Torino. Miscellanea dell'Istituto Giuridico. VI). Torino. G. Giappichelli Editore, 1959 (primera edición: 1911), 43, 202 y ss.

La conocida obra de FRANZ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. 2. Auflage. Göttingen. Vandenhoeck und Ruprecht, 1967, 332 y ss., es de menor utilidad para el tema en estudio.

(2) FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 54 y ss. Cito a partir de la última edición de los escritos polémicos de THIBAUT y SAVIGNY: *Thibaut und Savigny. Ihre Programmatischen Schriften mit einer Einführung von Professor Dr. Hans Hattenhauer*. München. Verlag Franz Vahlen, 1973, 128 y ss.

El rey encargó en 1746 la realización de un código racional y ajustado a la constitución del país a su canciller Samuel von Cocceji (1679-1755). El proyecto fue publicado, incompleto, entre 1749 y 1751 con el título de *Project des Corporis Iuris Fridericiani*, pero la muerte de Cocceji y los problemas exteriores de la monarquía (Guerra de los Siete Años, 1756-1763) paralizaron la codificación.

Las tareas se reiniciaron en 1779-1780 (*Kabinettsorder* de 14-4-1780) a raíz de la preocupación que había causado en el rey un famoso litigio (el caso del molinero Arnold), en el que el monarca intervino personalmente. Federico despidió a su gran canciller nombrando en su lugar a Johann Heinrich Casimir von Carmer (1721-1801) quien, junto con Carl Gottlieb Svarez (1746-1798) y Ernst Ferdinand Klein (1744-1810) fueron los animadores del proyecto de reforma.

El primer proyecto de lo que acabaría siendo el ALR, el denominado *Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuches für die Preussischen Staaten*, fue publicado entre 1784 y 1787 y sometido a una especie de información pública. El segundo proyecto, *Allgemeines Gesetzbuch für die Preussischen Staaten*, 1791, estuvo a punto de entrar en vigor, pero ríco el Grande y el acceso al trono de Federico Guillermo II en 1786, así como la oposición de los sectores más conservadores de la sociedad de la época consiguieron suspender su entrada en vigor (18-4-1792). Tras una última revisión, el Código —*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*— comenzó a regir el 1-6-1794.

2) En Austria el primer intento serio de reelaborar y unificar el Derecho existente se realizó a mediados de siglo, culminando con el *Codex Theresianus* (1766), denominado así por María Teresa, emperatriz entre 1740 y 1780. El proyecto demasiado anclado en la tradición romanista que pretendía sustituir, no fue aprobado.

Bajo José II (1780-1790) se publica una revisión —el denominado *Proyecto Horten, Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch o Josephinisches Gesetzbuch* (1786-1787)—. Mas las reformas sustanciales que llevarían a configurar en Austria un nuevo Derecho privado en sentido moderno tendrían lugar por la vía de la legislación especial (tolerancia religiosa, 1781; legislación sobre el matrimonio, 1783; sucesoria, 1786; libertad de comercio, 1786; deseñorrialización de los fundos nobles en determinados aspectos, 1789, etc.).

Durante el reinado de Leopoldo II (1790-1792), la codificación civil se reinició bajo la dirección de un profesor de Derecho natural, Karl Anton von Martini zur Wasserberg (1726-1800). Su resultado fue el *Proyecto Martini* de 1793 que, reelaborado años después, constituye el denominado *Urentwurf o Westgalizisches Gesetzbuch* de 1797.

De los trabajos posteriores bajo la égida de Franz A. Edlen von Zeiller (1751-1828) surgiría el *Código Civil Austríaco* de 1811, todavía hoy en vigor.

La significación de los dos grandes códigos iusnaturalistas en la evolución del Derecho privado contemporáneo es radicalmente distinta.

Se podría resumir diciendo que el ALR prusiano es todo un Código del Antiguo Régimen que marca el final de una época, mientras que el ABGB austriaco es un código moderno, un *Bürgerliches Gesetzbuch*, un código civil burgués en el más estricto sentido de la palabra.

El ALR no era sólo un Código civil. En sus 19.000 parágrafos incluía disposiciones penales, Derecho eclesiástico, lo que hoy llamaríamos Derecho público y, en fin, un poco de casi todo. Por otra parte, en lo que tenía de Código civil tampoco era un Derecho civil en sentido moderno: era un código *estamental* que, además regía solamente como *supletorio* de los distintos derechos provinciales.

Pese a la cuidadosa regulación de los derechos y deberes de los individuos pertenecientes a los distintos estamentos (*Bauernstand*, *Bürgerstand*, *Adelsstand*; cfr. la Parte II del ALR) y su carácter subsidiario, la promulgación del código se había visto dificultada ante la cerrada oposición que encontró. A la postre su aprobación final (*Publikationspatent* de 5-2-1794) fue una consecuencia de la Segunda Partición de Polonia (1793). Esta supuso para Prusia una ganancia territorial de 55.000 Km<sup>2</sup> y el ALR fue considerado como un buen medio para prusificar Polonia (cfr. Hattenhauer, *Einführung*, n. 1, p. 28). Esto último constituye irónicamente una de las pocas características realmente modernas del ALR. No se puede ignorar que el intento de unificar la regulación de las relaciones civiles responde en la historia de la codificación europea al designio de crear *ex nihilo* o de incrementar la cohesión nacional en un Estado moderno. A este respecto, el análisis comparado de la codificación resulta ejemplar y el ALR no es más que un extremo de los ejemplos posibles.

Por su parte, el ABGB es sustancialmente un código moderno: de aplicación directa y no subsidiaria, modelado en sus sólo 1.502 parágrafos bajo las exigencias del *Bürgerstand* y limitado en su contenido prácticamente a lo que desde inicios del siglo XIX se conoce por Derecho civil. Alejado por otro lado del casuismo del viejo iusracionalismo wolfiano —resulta en cambio evidente la influencia de la ética kantiana— está mucho más cerca de nuestros días que el ALR. Por eso sigue ahí.

Los dos, el ALR y el ABGB, interesan aquí porque son dos ejemplos paradigmáticos de la *doctrina de la interpretación judicial del Derecho sucesivamente creada y abandonada por la cultura del Absolutismo monárquico*. A estos efectos esa cultura partía de tres presupuestos:

a) *La doctrina de la voluntad del legislador* (*Wille des Gesetzgebers*). Generalizada en el mundo germánico a partir de la obra de Samuel Pufendorf (1632-1684), en la doctrina civil es famosa la formulación, muy anterior, de Doneau (1527-1591):

«Non enim lex est, quod scriptus est, sed quod legislator voluit, quod iudicio suo probavit et recepit, et hac solum de causa leges nos tenent...» (3).

(3) *Commentariorum de Iure Civili. Opera Omnia. I, XIII, 1.* Romae. Typis Josephi Salviucci, 1828.

b) *La doctrina según la cual legislación y jurisdicción pertenecen a las regalías (Hoheitsrechte) del Príncipe.*

Desde Bodin se había enseñado que el primer atributo de la soberanía era legislar y, por otra parte, siempre se había añadido, entre otros, el de interpretar la ley (4). Pero en el siglo XVIII se hace especial hincapié en que la legislación sería un poder inútil si el soberano carece del poder de interpretar la ley, de aclarar lo que es la expresión de su propia voluntad (5).

En Prusia el ALR resumiría esta doctrina:

«Das Recht, Gesetze und allgemeine Polizeyverordnungen zu geben, dieselbe wieder aufzuheben und Erklärungen darüber mit gesetzlicher Kraft zu ertheilen, ist ein Majestätsrecht». (ALR, II, 13, parágrafo 6). [«El derecho a dar leyes y disposiciones generales de policía, así como el de derogarlas o verificar sobre ellas una interpretación con fuerza de ley son regalías» (ALR, II, 13, parágrafo 6)].

c) *La doctrina conforme a la cual el poder del Príncipe es absoluto pero no arbitrario: está dirigido al bien común.*

Evidentemente hay ahí una contradicción, pero no entraremos en ella. Baste con señalar que el intento, típico del Despotismo Ilustrado, de redactar una nueva legislación *racional y precisa*, se relaciona tanto con el deseo de salvaguardar aquel poder absoluto como con el de conseguir la realización del bien común y evitar la arbitrariedad y la inseguridad jurídica.

Es ejemplar al respecto el *primer* parágrafo del «Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches» austriaco de 1787 («Josephinisches Gesetzbuch»):

(4) HEINZ MOHNHAUPT, «Potestas legislatoria und Gesetzbegriff im Ancien Régime». *Ius Commune*. IV, 1972, 188 y ss.

(5) CONRAD, *Richter und Gesetz* (n. 1), 7 y ss., a quien seguimos aquí. Christian August von Beck (1720-1784), preceptor del futuro emperador José II (1780-1790), había enseñado a su pupilo a mediados de siglo que: «In Fall ... dass alle Regeln der Auslegung der Dunkelheit eines Gesetzes nicht abhelfen können, so ist niemand als der Gesetzgeber allein befugt, die wahre Deutung desselben durch einen Machtsspruch zu bestimmen...»

Mientras que, por su parte, el poder de legislar sería inútil:

«Wenn der Gesetzgeber nicht zugleich das Recht hätte, nach dieser Richtschnur die Handlungen der Untertanen zu prüfen und ihre Streitigkeiten zu entscheiden...»

Las citas se toman de: *Recht und Verfassung des Reiches in der Zeit Maria Theresias. Die Vorträge zum Unterricht des Erzherzogs Joseph in Natur- und Völkerrecht sowie in Deutschen Staats- und Lehnrecht*. Unter Mitarbeit von Gerd Kleinheyer, Thea Buyken und Martin Herold. Hrsg. von HERMANN CONRAD (Wissenschaftliche Abhandlungen der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen). Hrsg. von Leo Brandt. Band 28). Köln und Opladen, 1964. Cap. 19, parágrafo 9 y Cap. 13, parágrafo 1 (la última cita también puede verse en la obra citada de Conrad, p. 9).

«Jeder Unterthan erwartet von dem Landesfürsten Sicherheit und Schutz. Es ist also die Pflicht des Landesfürsten, die Rechte der Unterthanen deutlich zu bestimmen, und ihre Handlungen so zu leiten, wie es der allgemeine und besondere Wohlstand fordert». [«Todo súbdito espera de su Señor territorial seguridad y protección. Por ello es obligación del Señor determinar expresamente los derechos del súbdito y dirigir los actos de éste del modo que el bienestar general y especial exijan»].

El precepto *precede* y no sigue al que consagra la doctrina de la voluntad del legislador:

«Von der Landesfürsten eigen obersten Gewalt entspringt die Verbindlichkeit aller in dem ordentlichen Wege kundgemachten Gesetze...». [«La obligatoriedad de todas las leyes ordinariamente promulgadas deriva del supremo poder propio del Señor territorial»].

El bien común del Antiguo Régimen supone una sociedad estamental que se trata de reformar pero que en manera alguna se intenta destruir. Antes bien, cada cual colabora a su consecución desde la posición social fija —estamental— que le corresponde. La idea de bien común parte de este presupuesto. Así, por ejemplo, el ALR iniciará el tratamiento de los principios generales del Derecho («Einleitung», parágrafo 73) con la disposición siguiente:

«Ein jedes Mitglieder des Staats ist, das Wohl und die Sicherheit des gemeinen Wesens nach dem Verhältniss seines Standes und Vermögens, zu unterstützen verpflichtet». [«Todos los miembros del Estado están obligados a procurar el bien y la seguridad de la comunidad en función de su situación estamental y patrimonial»].

En el marco de las tres ideas reseñadas, el soberano detenta el monopolio de la legislación general y la ley es expresión de su voluntad. Cuando se plantea un problema de interpretación, lo que se está planteando es una cuestión acerca de cuál ha sido la voluntad del legislador. Si el texto legal es impreciso, la decisión judicial supone así ponerse en el lugar del legislador, crear y no aplicar derecho.

Por eso, el programa de renovación legislativa del Absolutismo monárquico propondrá la búsqueda de la máxima precisión posible en los textos legales y la consiguiente eliminación o reducción de los problemas de interpretación. Las leyes tienen que ser precisas y no presentar problemas de interpretación. El *casus dubius* supone una duda sobre la voluntad del legislador. Idealmente éste no sólo es el mejor sino el único intérprete: la actividad de interpretación judicial debe detenerse ante el caso dudoso. Frente a él hay que consultar al legislador.

En la base del programa codificador de la Ilustración está la suposición cierta de que la interpretación judicial del *casus dubius* no es una actividad meramente cognoscitiva del Derecho sino una actividad creadora de derecho y, asimismo, que a ello lleva precisamente el estado irracional de la legislación vigente. Pero también está la creencia en que una nueva legislación racional y precisa es suficiente para reducir a un mínimo la exigencia de esa actividad. Se debe arrumar con la vieja legislación y entonces será posible acabar con la interpretación. El viejo derecho es un mal tanto para el principio, pues merma sus regalías, como para los súbditos, pues carecen de seguridad jurídica (6).

Desde luego, hay un fondo de verdad en la idea intuitiva de que se pueden reducir los problemas de interpretación mejorando la técnica legislativa. Pero el optimismo de los juristas filósofos de la Ilustración y, concretamente, de los reformadores del Derecho prusiano (Svarez, Carmer y Klein) era excesivo. Se fundaba en una teoría incorrecta de la legislación.

## 2. EL «CASUS DUBIUS»

En efecto, la realización del programa legislativo apuntado debía permitir, en el marco de la doctrina de la voluntad del legislador, restringir o, incluso, prohibir la interpretación judicial permitiendo la resolución de los pocos problemas de interpretación que restaran al legislador.

Ahora bien, para evitar equívocos hay que aclarar qué se entiende por 'prohibición de interpretación'. Lo prohibido será *la interpretación judicial del «casus dubius»*.

La distinción entre el *casus legis* o *casus clarus* y el *casus dubius* fue descrita hace algunos años por Gino Gorla en un artículo ya fa-

---

### (6) SVAREZ dirá al respecto:

«Es ist unstreitig ein Übel, wenn die Rechte und Pflichten der Bürger ... nicht mit Deutlichkeit und Gewissheit bestimmt sind und also diese Bestimmung bei vorfallendem Streite dem Befinden des Richters überlassen werden muss. Denn alsdann wird der Richter zum Gesetzgeber; und nichts kann der bürgerlichen Freiheit gefährlicher sein, zumal wenn der Richter ein besoldeter Diener des Staats und das Richteramt lebenswichtig oder, um mich eines neuerlich gestempelten Ausdruck zu bedienen, inamovibel ist. Aber ein sehr grosses Übel ist und bleibt es doch auch immer, wenn die Sammlung der Gesetze zur Last vieler Kamele anschwillt und also die Unmöglichkeit eintritt, dass die Bürger des Staats die Norm seiner Handlungen kenne und zu befolgen imstande sei.»

*Inwiefern können und müssen Gesetze kurz sein? Vorträge über Recht und Staat.* Hrsg. von Hermann Conrad und Gerd Kleinheyer. (Wissenschaftliche Abhandlungen der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen. Hrsg. von Leo Brandt. Band 10). Köln und Opladen. Westdeutscher Verlag. 1960, 628. Cfr. además ERIK WOLF, *Grosse Rechtsdenker der Deutschen Rechtsgeschichte*. 4. Auflage. Tübingen. Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1963, 446, nota 33.

moso (7): la doctrina del Derecho común hablaba de *casus legis* o de *casus clarus* cuando existía «... una ley clara y precisa sobre... el caso en examen» (8). Ante el *casus clarus* no hay lugar a interpretación (*in claris interpretatio non fit!*), es decir, no hay lugar al recurso a todo el arsenal de criterios de decisión y de manipulación de las fuentes (*rationes*, *auctoritates* de doctores y tribunales, costumbres, etc.) en que consiste precisamente la interpretación en sentido estricto y que permite naturalmente distorsionar y pervertir un mandato claro y distinto.

Era solamente ante el *casus dubius*, ante la ley oscura, cuando procedía aclarar su sentido acudiendo a *rationes* y a *auctoritates*. Así las cosas, es obvio concluir que frente al *casus dubius* (o a lo que se decidiera asumir como tal) el juez gozaba de mayor arbitrio que ante un *casus clarus*.

Por supuesto, la práctica estatutaria del Derecho común conocía desde el siglo XIII distintos procedimientos para controlar la actividad judicial de aplicación del Derecho (recuérdese por un momento el *giudizio da sindacato* del Derecho estatutario italiano y la práctica exigencia de los *consilia* previos a la decisión judicial sobre los que Woldemar Engelmann escribió gran parte de su obra clásica). Pero la legislación del siglo XVIII se mueve en un contexto distinto. A medida que avanza la consolidación del Estado moderno y se evoluciona hacia una organización centralizada del poder y, en concreto, de la *administración de justicia*, se va incrementando paralelamente la tendencia a limitar la autonomía interpretativa del juez, sobre todo cuando la decisión habría de basarse en elementos o textos no emanados del propio aparato estatal (costumbre, doctrina de doctores, los propios derechos particulares). Así, las prohibiciones de interpretar el *casus dubius* pueden entenderse, sobre todo durante el siglo XVIII, como un reflejo de ese proceso, y lo mismo cabe decir de la institución correlativa del recurso al legislador.

Mas en cualquier caso, las prohibiciones no pueden considerarse, como en ocasiones se ha hecho, a modo de prohibiciones absolutas. Ello no es así. Normalmente se prohíbe únicamente la interpretación del *casus dubius*, de la ley dudosa u *oscura*. Y esto, como la propia regla *in claris* no es ninguna banalidad como a veces se dice y repite.

El concepto de *casus dubius* se analiza habitualmente desde una perspectiva exclusivamente semántica, como una cuestión relativa al significado de textos legales más o menos vagos y ambiguos. Autores como Jerzy Wróblewski (9), por ejemplo, han distinguido al efecto entre:

(7) «I precedenti storici dell' art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)», *Il Foro Italiano*, 1969. *Parte quinta*, 112 y ss.

(8) Gorla. «I precedenti» (n. 7), 114.

(9) «Semantic Basis of the theory of legal interpretation». *Logique et analyse*, 1963, 401 y ss. «Il modello teorico dell' applicazione della legge». *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1967, I, 10 y ss. «Legal rea-

i) *Interpretación en sentido amplio*: la necesaria actividad de comprensión de cualquier expresión lingüística. En ese sentido cualquier texto debe ser interpretado y si la regla *in claris* o la prohibición de interpretar se refirieran a esta actividad, se trataría evidentemente de algo absurdo.

ii) *Interpretación en sentido estricto*: actividad referida solamente a aquellas situaciones en las que se presenta una *duda* acerca del *significado preciso de un texto* o de un conjunto de textos que se consideran relevantes para la resolución de un caso judicial.

Sí, como sucede en el siglo XVIII, se afirma a la vez que la ley es expresión de la voluntad del legislador y que el único legislador es el soberano, la tendencia a prohibir la interpretación judicial del *casus dubius* resulta, como ya se ha dicho, perfectamente comprensible. Decidir en este caso sin una expresa delegación legislativa supone ponerse en el lugar del legislador, crear y no aplicar derecho.

Y la vieja regla *in claris interpretatio non fit* debe entenderse referida a la segunda clase de interpretación y no a la primera: No cabe pervertir el *casus clarus* y considerarlo como un *casus dubius* precisado de interpretación en el segundo sentido pues eso supondría pervertir la propia ley.

Sin embargo, el análisis anterior debe ser matizado: No se trata solamente de que la distinción repose sobre un concepto cualitativo, lo cual ya de entrada dice bastante poco de una doctrina de la *precisión* que descansa sobre bases poco *precisas*. Es que, además, el análisis en cuestión reconduce el tema del *casus dubius* al campo de la Semántica y esa es una tesis reduccionista. La cuestión pertenece también o, incluso, predominantemente, al campo de la Pragmática. El concepto de ley oscura puede entenderse «objetivamente» —vaguedad o ambigüedad del texto legal— o «subjetivamente» —duda del juez—. O, con una terminología más correcta, el concepto ambiguo de ley dudosa puede estudiarse desde el punto de vista de las expresiones legales y sus *designata* haciendo abstracción de los usuarios del lenguaje legal, y entonces los problemas de oscuridad de la ley se conciben como problemas semánticos. O bien, pueden estudiarse haciendo referencia a los usuarios de este lenguaje, en nuestro caso, por lo menos al juez, a los distintos jueces, y entonces las cuestiones al respecto son estrictamente pragmáticas.

Esto último parece más plausible: *casus dubius*, ley dudosa, es dudosa para alguien y de hecho las prohibiciones de interpretación de, por ejemplo, el Código prusiano, no se aplicarán cuando la ley sea vaga o ambigua sino, literalmente, cuando «... el juez encuentre dudoso el sentido de la ley...» (parágrafo 47 de la *Einleitung* del ALR).

Naturalmente, hay una relación entre ambos puntos de vista —aunque sólo sea porque la Pragmática supone la Semántica— pero no se puede ignorar algo tan obvio como que ocurrencias idénticas de un

soning in legal interpretation». *Logique et analyse*, 1969, 33 y ss. «L'interpretation en droit: theorie et ideologie». *Archives de Philosophie du Droit*, XVII, 1972, 51 y ss.

mismo enunciado legal no parezcan en absoluto dudosas a un juez determinado en una situación dada y a otro sí por más que el texto legal haya sido formulado vagamente, mientras que lo inverso puede suceder con otro texto legal formulado con mayor exactitud, entendiéndolo el primer juez como absolutamente oscuro y el segundo como perfectamente claro (10).

Por eso, la cuestión del *casus dubius* no es sólo un problema (semántico) de *precisión* entendida ésta como una propiedad de los textos legales, sino fundamentalmente un problema (pragmático) de *claridad* que es una relación entre el texto, su destinatario (el juez, los ciudadanos), y una situación dada (un caso litigioso).

Desde el primer punto de vista, el ideal de convertir la legislación en un código máximamente preciso choca con la ineliminable dosis de imprecisión derivada del uso de cualquier lenguaje natural (que es el utilizado por cualquier legislador) y con la propia unilateralidad del planteamiento. En ese sentido, la técnica de las prohibiciones de interpretación acabaría por ser abandonada.

Desde el segundo punto de vista, en cambio, la reducción del ámbito de las interpretaciones consideradas como admisibles no pasa por la mejora en las técnicas legislativas sino por el control de la actividad judicial (casación) y de la propia formación, organización centralizada y responsabilidad del funcionariado judicial. Adicionalmente el problema de la claridad de los textos legales ha tenido siempre una doble vertiente según qué grupo de usuarios del lenguaje legal se considere: los jueces o los ciudadanos en general. Ley clara para un grupo de peritos en Derecho no es lo mismo que ley clara para sus destinatarios. Desde la Ilustración los reformadores legislativos han sido conscientes de la posible incompatibilidad entre ambos *desiderata*. El caso del ALR prusiano es ejemplar.

### 3. LA INTERPRETACION JUDICIAL EN LA CODIFICACION PRUSIANA

#### 3.1. *La renuncia al ideal de la claridad en la codificación prusiana. Los cánones de la interpretación literal y lógica y la crítica de Schlosser al Proyecto de 1784-1788.*

Entre los juristas y filósofos de la Ilustración el alegato en favor de la *precisión* y de la *claridad* de las leyes es un tópico. Quizá sea la de Montesquieu la más famosa de estas admoniciones. Al componer la ley, enseñó:

«il ne faut pas revenir à des expressions vagues...».

(10) V. ARNE NAESS, *Verso una teoria dell' interpretazione e della precisione*. En: Leonard Linsky (a cura di). *Semantica e filosofia del linguaggio* (Biblioteca di filosofia e metodo scientifico, 29). Traducción italiana de Alberto Meotti. Milano, Alberto Mondadori, editore, 1969, 310 y ss.

Pero recalando a la vez y, si cabe, con más fuerza que:

«Il est essentiel que les paroles des lois réveillent chez tous les hommes les mêmes idées...» *De l'Esprit des Lois* XXIX, 16 (11).

La exigencia simultánea de que los nuevos códigos sean precisos y comprensibles, más comprensibles que la enrevesada conjunción de los innumerables derechos particulares con un viejo derecho común, asistemático, anticuado, escrito en latín y manipulado hasta la perversión por las opiniones de los doctores y jueces se complementa con el ataque a la interpretación. La interpretación, en el sentido señalado en el epígrafe anterior, es consecuencia del viejo Derecho y derogado aquél, ésta deviene innecesaria: Compárense los capítulos 4 y 5 de *Dei delitti e delle pene* de Beccaria.

Pero la intuición de Montesquieu no le convierte en un preteórico de la Semiótica: La cuestión del *casus dubius* era *objetivada*, entendida como un problema exclusivo del significado de las nuevas leyes «bien escritas», racionales y sistemáticas. Por su parte, el problema de la claridad y comprensibilidad de las leyes se veía como algo dirigido a conseguir el mejor conocimiento de la ley por parte de los ciudadanos. La consecuencia de esta disociación es que las reglas sobre la interpretación judicial se van a enfocar desde la perspectiva de la primera cuestión. Es más, en algunas codificaciones preliberales los temas de la precisión y de la claridad se disocian absolutamente. Este es el caso del Código prusiano: se tratará de que el Código sea preciso pero se pensará que el texto no podrá ser a la vez preciso y claro, comprensible para los ciudadanos en general y se renunciará al segundo ideal. El juez, perito en Derecho, juzgará sobre la base de un código máximamente exacto, pero complicado. Para el tema de la claridad Svarez propondrá otros medios al margen de la ley.

Pero antes de ello la confianza en el binomio precisión y claridad —innecesidad de interpretación de la ley— contaría en Prusia con un valedor singular: el rey.

Federico el Grande escribía en 1749, un año después de la publicación de *L'Esprit des Lois*:

«Die einzelnen Bestimmungen müssten so klar und genau sein, dass jeder Streit um die Auslegung ausgeschlossen wäre...» (12). [«Las disposiciones particulares deberían ser tan claras y precisas como para poder excluir toda discusión sobre la interpretación...»].

Y en 1780, al reanudarse las Codificación, volvería a insistir en que las leyes deberían ser completas (*vollständig*), exactas (*genau bestimmt*)

(11) *Oeuvres complètes*. (Préface de Georges Vedel. Présentation et notes de Daniel Oster), Paris, Aux éditions du Seuil, 1964, 753.

(12) *Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois* (versión alemana: Werke Friedrichs des Grossen). Cit. según HATTENHAUER, *Einführung* (n. 1), 12 y SCHOTT, «*Rechtsgrundsätze*» (n. 1), 36.

y comprensibles para sus súbditos (*in ihrer eigenen Sprache abgefasst*) (13).

Pero un código *estamental* anclado en todas y cada uno de las instituciones jurídicas del Antiguo Régimen y, además, *subsidiario* de los distintos derechos particulares tenía de entrada demasiadas limitaciones para aunar el ideal de la concisión y de la claridad al de la precisión. La famosa observación del propio rey al recibir en 1785 un ejemplar del Libro de las Personas del primer Proyecto («es ist aber Sehr Dicke und Gesetze müssen kurz und nicht weitläufig seindt») (14) es significativa al respecto. Y aún lo es más lo que vino a ser la respuesta de Svarez a la objeción real: disociar absolutamente el tema de la precisión del de la claridad y comprensibilidad general publicando junto al *Código oficial* preciso pero complicado un *Volkskodex* más claro y sencillo para uso de no juristas (15).

Así, en el ALR el problema de la sumisión del juez al texto legal tendería a resolverse mediante reglas de interpretación que iban a primar la denominada interpretación literal y el control del razonamiento del juez. La interpretación se concebía como un problema fundamentalmente semántico (predominio de la regla de la interpretación literal). Al razonamiento, con todo, se dejaba un ámbito importante pero subsidiario: Es en defecto de ley cuando no cabe aplicar reglas de interpretación sobre el significado de las expresiones legales. Entonces procede razonar a partir del derecho formulado o no formulado.

Esta última es una particularidad fundamental de las vicisitudes de las prohibiciones de interpretación en el proceso codificador prusiano. Salvo quizás durante el breve plazo que inicia la segunda etapa codificadora hacia 1780, las propuestas de prohibición serán referidas a la *interpretación* del texto legal (por medios distintos a los previstos por la ley) expreso pero dudoso y no a la *integración* de lo que se asuma como una laguna.

La interpretación se prohíbe para salvaguardar la voluntad del legislador expresada defectuosamente en un texto legal. La integración se permite, es más, se ordena para garantizar la completud o suficiencia del código y evitar la heterointegración del mismo con el derecho que éste pretende sustituir.

De esta forma, ya en el primer intento codificador, en el denominado *Project des Corporis Iuris Fridericiani* de Samuel von Cocceji, lo prohibido es la interpretación judicial del *casus dubius*, pero no, en cambio, la integración analógica de la laguna legal (16). El *casus dubius* debía ser remitido al *Departament der Justiz-Sachen* quien decidiría publicando ulteriormente y con periodicidad anual sus resoluciones

(13) *Kabinettsordre* de 14-4-1780. HATTENHAUER, *Einführung* (n. 1), 19.

(14) HATTENHAUER, *Einführung* (n. 1), 21-22.

(15) *Inwiefern können und müssen Gesetze kurz sein?* (n. 6), 627 y ss.

(16) «Wie denn auch keinem Richter freistehen soll, dieses Landrecht, wann es zweifelhaftig zu sein scheinet, zu interpretieren oder argumento legis allerhand Exceptiones, Limitationes, und Amplificationes nach befallen und öfters ex aequitate cerebrina zu fingieren. Wann aber eadem ratio legis vorhanden, so verstehet sich von selbsten,

(Parte I, Lib. I, Tít. II, parágrafo 8). Esta acabaría por ser la solución adoptada por el ALR de 1794. Sin embargo, la evolución no fue lineal. Cuando después de casi treinta años de interrupción se reanudó en 1780 el programa codificador, las propuestas iniciales fueron más radicales.

El Proyecto de 1784-1788 —*Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuches für die Preussischen Staaten* (17)— prohibía al juez, en la línea de la Kabinettsorder de 14-4-1780, atribuir otro sentido al texto legal «der nicht durch die Worte, den Zusammenhang, und Gegenstand des Gesetzes deutlich bestimmt ist» [«que el que claramente está determinado por las palabras, el contexto y el objeto de la ley»] (*Einleitung*, parágrafo 35). Ante el *casus dubius* el juez debe solicitar de la Comisión Legislativa una declaración del sentido de la ley dudosa (parágrafo 36: «Findest der Richter den Sinn des Gesetzes zweifelhaft, so muss er vor Abfassung des Urtheils die Erklärung der Gesetzcommission einholen») [«Si el juez cree que el sentido de la ley es dudoso, debe pedir la aclaración de la Comisión Legislativa antes de redactar la sentencia»]. Esta tendría en su caso valor general (parágrafo 37) (18). Sólo hay, por tanto, una alusión a la regla de la interpretación literal y ninguna a la analogía o a la *ratio legis*.

El proyecto sintonizaba con las críticas ilustradas a la arbitrariedad que conlleva el recurso a la *ratio legis* y al desarrollo del derecho escrito mediante el uso de la analogía. Beccaria había enseñado en 1764 que la autoridad de interpretar las leyes no podía residir en los jueces pues éstos no son legisladores. Presupuesto de esta crítica es la identificación entre interpretación en sentido estricto y legislación. Concretamente, la crítica se dirigía contra la posibilidad de acudir al espíritu de la ley:

«No hay cosa tan peligrosa como aquel exíoma común que propone por necesario consultar el espíritu de la ley» (19).

---

dass es zu dem Amt eines ordentlichen Richters gehört, die Gesetze auf alle Fälle, wo eadem ratio militiert, zu appliciren und zu extenden, weil es ohnmöglich ist, alle Special-Casus anzuführen und zu decidieren.»

Parte I, Lib. I, Tít. II, Parágrafo 70 (SCHOTT, «*Rechtsgrundsätze*» (n. 1), 37).

El proyecto prohibía también la interpretación doctrinal (Parte I, Lib. I, Tít. II, Parágrafo 10) para evitar que los comentaristas «a los que muchas veces es desconocida la *ratio legis*» disputen innecesariamente. (Ibid. nota 85).

(17) *Erster Theil*. Berlin und Leipzig. Bei George Jacob Decker, 1784.

(18) Reglas análogas se encuentran en la Ordenanza de los Tribunales, *Allgemeine Gerichtsordnung* de 1783, Cfr. SCHOTT, «*Rechtsgrundsätze*» (n. 1), 39.

(19) CESARE BECCARIA, *De los delitos y de las penas* (VOLTAIRE, *Commentario al libro. De los delitos y de las penas*). Traducción española de Juan Antonio de las Casas. Introducción, Apéndice («Beccaria en España») y notas de Juan Antonio del Val. Madrid, Alianza Editorial, 1968, Cap. 4, 32.

Con harta sensatez había anticipado una tesis realista:

«El espíritu de la ley sería ... la resulta de la buena o mala lógica de un juez, de su buena o mala digestión...» (20).

Para concluir afirmando que si el entendimiento literal de las leyes trae inconvenientes, incomparablemente mayores son los que resultan de la interpretación según el espíritu de la ley. Aquéllos pueden remediarlo mejorando la precisión de la legislación, redactando «un código fijo de leyes que se deben observar a la letra» (21). Con ello se conseguiría anular en cierta manera —como había enseñado Montesquieu— las facultades del juez:

«El código, no deja más facultad al juez que la de examinar y juzgar en las acciones de los ciudadanos si son o no conforme a la ley escrita...» (22).

El Proyecto estaba en esta línea como otros textos de la legislación prusiana de principios de aquella década. Pero es importante destacar que esta *reductio ad litteram* de la interpretación se oponía radicalmente a la doctrina dominante en materia de interpretación del último tercio del siglo XVIII alemán.

La doctrina acogía un canon de interpretación que, con denominación hoy perturbadora, se llamaba de la *interpretación lógica* (*logische Auslegung; interpretatio dialectica*). La interpretación lógica estaba dirigida a la *corrección* (*extensio, restrictio*) del texto de la ley en función de su espíritu (*Geist*) o fundamento (*Grund; ratio*): en el siglo XVIII, la intención o finalidad pretendida por el legislador.

Con matices de detalle la idea de interpretación lógica está presente en toda la doctrina contemporánea e inmediatamente posterior a los textos de la codificación prusiana de los últimos veinte años del siglo XVIII (23).

En ese contexto el Proyecto de 1784-1788 que no hacía mención al canon de la interpretación lógica, permaneciendo aferrado al de la interpretación literal, estaba al margen de la doctrina imperante en su tiempo.

Como es sabido, el texto del Proyecto fue publicado y sometido al dictamen de los juristas más prominentes de su época, que escribieron

(20) *De los delitos y de las penas* (n. 19). Cap. 4, 32.

(21) *Ibidem.*

(22) *Ibidem.*

(23) Un buen resumen de las opiniones más conocidas puede verse en HANS-ULRICH STÜHLER, *Die Diskussion um die Erneuerung der Rechtswissenschaft von 1780-1815* (Schriften zur Rechtsgeschichte. Heft 15). Berlin. Duncker und Humblot, 1978, 126 (para Johann Friedrich Reitemeier), 132 (Gottlieb Hufeland), 158 (Karlo Salomo von Zachariä) y 192 (Anton Friedrich Justus Thibaut). V. además: FRIEDRICH GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, I. Traducción italiana de Contardo Ferrini. Milano, Società Editrice Libraia. S.a. 159 y ss., y allí amplias citas. CHRIST, HENR, ECKHARDI, *Hermeneutica Iuris*. Lipsiae. Apud haeredes Weidmanni et Reich, 1779, libro I, 15 y XXXIII, 24 y ss. FRANZ SCHOEMANN, *Handbuch des Civilrechts*. *Erster Band*. Giesen und Wetzler. Bei Tasché und Müller, 1806, 65 y ss.

hasta medio centenar de los denominados *monita* (24). Sin embargo, la historiografía jurídica germánica está de acuerdo en afirmar que la crítica más relevante en tema de interpretación resultó ser una que no había sido solicitada: la de Johann Georg Schlosser, cuñado de Goethe, frustrado colaborador del Proyecto y alto funcionario de Baden (25).

Schlosser (1739-1799) escribió sus famosas *Cartas sobre la Legislación* de forma independiente (26). Pese a que en ocasiones se ha llegado a considerar a este autor como poco menos que un anticipador de Savigny, lo cierto es que, de hecho, su idea del Derecho o de la función judicial no era muy distinta a la patrocinada por los redactores del Proyecto. Así, su concepción de la labor judicial de subsunción constituye todo un ejemplo de escuela (27): La ley y la sentencia, decía, no son más que proposiciones lógicas. Toda proposición lógica incluye un *sujeto* (un *genus* una *species* o un *individuum*) y una *cualidad* que se niega o afirma de ese sujeto (predicado).

En las proposiciones legales —en las leyes— el sujeto siempre es un *genus* o una *species*, mientras que en las proposiciones judiciales —en las sentencias— siempre es un *individuum*. La labor de juzgar consiste por eso en buscar a qué *genus* o *species* legales pertenece el caso litigioso para atribuirle la cualidad que la ley predica de ese sujeto.

Ahora bien, añadía Schlosser, hay una serie de casos en los que la regla de la interpretación literal —que es la única conocida por el Proyecto— resulta absolutamente insuficiente; en ellos la labor judicial de aplicación del Derecho es imposible si no se permite al juez acudir al *fundamento* de la ley, es decir, a la interpretación lógica.

Eso sucede, en primer lugar, cuando el juez no encuentra ningún *genus* o *species* bajo los que pueda subsumir el caso (*laguna*). Entonces se le tiene que ofrecer un criterio para saber si puede o no abstraer

(24) HATTENHAUER, *Einführung* (n. 1), 21.

(25) Sobre esto v. THIEME, «Die Preussische Kodifikation» (n. 1), 397-398; WOLF, *Grosse Rechtsdenker* (n. 6), 449; WAGNER, *Die Wissenschaft* (n. 1), 123, nota 18. SCHOTT, «Rechtsgrundsätze» (n. 1), 40-42, ampliamente.

(26) *Briefe über die Gesetzgebung überhaupt und den Entwurf des preussischen Gesetzbuch insbesondere*. Frankfurt. Im Verlag bei Johann Georg Fleischer, 1789.

(27) «Ich sehe die Gesetze an wie die platonischen Ideen, die eine ideal Existenz haben: die Richtersprüche, wie die plastische Natur, welche diesen Idealem die reale Existenz giebt. Soll die real existierenden Dinge, ihren Idealen gleichen. Also ists ganz unleugbar, dass der Richter die Ideale nicht, weder eigenmächtig ändern, noch bei seiner Schöpfung andere Formen der Individuen hervorbringen kann, als solche, welche dem Modell gemäss sind...» «... jedes Gesetz nichts ist, als ein logischer Satz, in welchem oft das Prädicat im Sinn behalten wird. Jeder logischer Satz enthält, ein Genus, Spezies oder Individuum, das ist sein Subject; und eine Eigenschaft des Subjects, entweder bejahend oder verneinend, das ist das Prädicat. Die Gesetze haben immer nur Spezies oder Genera zum Subject; die Urtheilsprüche immer nur Individua. Wenn also der Richter spricht so hat er nichts zu thun, als zu suchen, unter welches Genus oder Species sein Fall gehört, und hat er das gefunden; so giebt er ihm auch noch die Eigenschaft, welche das Gesetz, mit diesem Genus oder Spezies verbunden haben will...» *Briefe* (n. 26), 201-202.

una regla general a partir de otras particulares dictadas para resolver casos análogos. Y este criterio se lo ofrece sólo el *Grund des Gesetzes*.

Lo mismo ocurría en el caso de *antinomia*, pues sólo el *Grund o ratio* de la ley le dará una pista sobre cuál de las disposiciones en conflicto procede aplicar. Igualmente, en los casos perplejos que lo son porque en ciertos aspectos son subsumibles en un *genus* o *species legales* pero que en otros no lo son o, finalmente, cuando la ley se refiere sólo a un supuesto específico pero su espíritu o fundamento alcanza a todo un *genus* (supuesto este coincidente con el primero).

Para todos estos supuestos (28) proponía Schlosser que se confiara al estamento judicial la posibilidad de atender «auf den nächsten Grund des Gesetzes» [al más inmediato fundamento de la ley] (29) censurando acremente las propuestas literalistas de Beccaria, a las que calificaba como una «vana esperanza» (30): El intento ilustrado de Beccaria tendente a eliminar la interpretación (lógica) mediante una legislación precisa sólo podía llevar, según Schlosser, a una montaña inmensa de legislación casuista, complicada y forzosamente oscura por causa de su propia enormidad (31).

La crítica suponía un ataque frontal a la doctrina ilustrada de la legislación y una recuperación de las doctrinas interpretativas de la tradición del Derecho común: lo que la doctrina alemana contemporánea del Proyecto llamaba «interpretación lógica» no era más que una reformulación de la vieja doctrina medieval sobre el tema. Cuando esta última trataba de la discrepancia entre *verba* y *sententia legum* postulaba una pluralidad de criterios y razonamientos tanto para identificar la existencia de la discrepancia como su alcance: los casos en los que las palabras de la ley dicen lo mismo, más o menos que su *sententia* o espíritu (ahora identificado con la intención del legislador). Se trata en suma de la antigua distinción entre interpretación *declarativa*, *restrictiva* y *extensiva* de la escolástica medieval que repetían en sede de interpretación lógica los contemporáneos de Schlosser (32).

Así entendida, la *logische Auslegung* nada tiene que ver con el sentido de 'lógica' que usan hoy los lógicos sino con los procedimientos argumentativos de carácter retórico conocidos y practicados desde la recepción para llegar a racionalizar la *declaratio*, *extensio* o *restrictio verborum* con base en la *ratio*, *fundamento* o *espíritu* de la ley.

(28) *Briefe* (n. 26), 202 y ss.

(29) *Ibídem*, 211.

(30) *Ibídem*, 208.

(31) *Ibídem*, 208.

(32) Así, por ejemplo, GLÜCK, *Commentario* (n. 23). Parágrafo 36, 199-200. Para la correlación entre el espíritu de la ley y el tema —distinto— de la *aequitas scripta y non scripta* hay que estar al análisis de SCHOTT, «*Rechtsgrundsätze*», 59 y ss.

### 3.2. *La regulación de la aplicación judicial del Derecho en el ALR de 1794.*

#### 3.2.1. Svarez y Carmer: Una concepción dualista del ordenamiento jurídico.

Los reformadores del Derecho prusiano, el canceller von Carmer, Svarez y Klein estaban indudablemente influidos por el iusracionalismo de la escuela de Christian Wolf (1679-1754) (33) pero en manera alguna se les puede considerar como wolfianos de estricta obediencia (34). De hecho, el programa legislativo de Carmer o de Svarez encaja más bien en el Derecho natural tardío y particular —prusiano— que en el iusracionalismo más o menos atemporal y universal de Wolf. Se pensaba en un Derecho natural pasado por un doble y desconfiado tamiz: en el ALR se controlarán no sólo los principios naturales atendibles (los admitidos por el Derecho positivo) sino también el conjunto de reglas de derivación *sensu amplísimo* de normas a partir de los principios recibidos por el legislador positivo (35).

Con todo y eso, la idea de un código (parcialmente) racional estaba presente en los autores citados siquiera fuera de manera harto especial. Así, en el trabajo de Svarez sobre la brevedad y claridad de las leyes al que se hizo referencia en el epígrafe anterior, el autor no proponía que el Código general tuviera que reproducir «la montaña de leyes de la antigua legislación». Por el contrario, aquélla podía reducirse.

«... wenn man sich bemüht, die für eine Menge von einzelnen Fällen gegebenen Vorschriften auf gewisse allgemeine Grundsätze zurückzuführen; wenn man diese Grundsätze so bestimmt, fruchtbar und reichhaltig zu bilden sucht, dass daraus mit Hilfe seiner blossen natürlichen Logik sichere und zuverlässige Folgerungen für die einzelnen Fälle hergeleitet werden können; wenn man das, was nach den Begriffen eines richtigen gesunden Menschenverstandens, aus der Natur einer gewissen Art von Geschäften oder Verhältnissen folgt nicht ohne die äusserste Not durch positive Bestimmungen verändert...» (36). [«Si se intenta reconducir las disposiciones dadas para un conjunto de casos particulares a ciertos principios generales; si se procura formular esos principios de forma tan completa, precisa y fecunda que resulte posible derivar conclusiones seguras y adecuadas para los casos concretos mediante la ayuda de su pura y simple lógica natural; si aquello que sigue del concepto de un sano y correcto entendimiento humano o de la naturaleza de una

(33) HATTENHAUER, *Einführung* (n. 1), 14 y ss.

(34) Ampliamente: THIEME, «*Die preussische Kodifikation*» (n. 1), 365 y ss.

(35) SVAREZ había señalado «... dass jeder Mensch, dass heisst auch jeder Richter seine eigne Logik habe». THIEME, «*Die preussische Kodifikation*» (n. 1), 365.

(36) *Inwiefern können und müssen Gesetz kurz sein?* (n. 6), 628-629.

precisa clase de negocios o relaciones no se modifica mediante disposiciones positivas salvo en caso de máxima necesidad...»].

Todas las disposiciones del Código podían formularse con la precisión suficiente para evitar o reducir a un mínimo el arbitrio judicial. Pero el Código no podría ser completo en el sentido de formular explícitamente una regla para todos los casos que en la realidad se irían presentando ante el juez. El texto legal codificaría fundamental y mayoritariamente principios generales; con la ayuda de éstos y de la naturaleza de las cosas y del negocio, el juez decidiría mediante una lógica natural, argumentando según correctas reglas filosóficas.

Pero además el Código contendría disposiciones solamente positivas al margen o en contra de lo anterior. En esos casos la precisión en la formulación de la regla sólo positiva marginaría los problemas tradicionales de la interpretación. Lo que no cubriera la razón, lo cubriría la precisión del mandato legal. El Código, añadía Svarez:

«... muss für alle Geschäfte und Verhältnisse des bürgerlichen Lebens in der möglichst grössten Vollständigkeit Vorschriften und Regeln enthalten, die für alle vorkommenden Fälle, zwar nicht wörtlich (denn das hiesse Unmöglichkeit fordern), aber doch vermöge einer nach richtigen philosophischen Regeln sich bestimmenden Schlussfolge sichere und gleichförmige Entscheidungen an die Hand geben. Besonders muss darin alles Positive, das heisst, alles, was nicht aus der Natur der Sache und des Geschäftes erkannt werden kann, sondern was der Gesetzgeber aus gewissen andern Rücksichten hinzuzufügen nötig findet, so deutlich und ausführlich vorgetragen sein, dass dabei der Willkür des Richters so wenig, als es irgend möglich ist, Raum gelassen werde» (37). [«... tiene que contener con la máxima completud posible disposiciones y reglas para todos los negocios y relaciones de la vida civil que, si no literalmente (pues esto sería exigir lo imposible), sí ofreciera por lo menos, mediante deducciones determinadas según correctas reglas filosóficas, soluciones seguras e idénticas para todos los casos que se presentaran. En particular, todo lo que es positivo, es decir, todo lo que no puede descubrirse a partir de la naturaleza de las cosas y del negocio, sino que es añadido por el legislador en atención a consideraciones de otro orden, debería ser formulado con tal claridad y detalle que dejara tan poco espacio al arbitrio del juez como fuera posible...»].

En el texto de Svarez hay dos concepciones distintas y difíciles de conciliar entre sí del ordenamiento jurídico y de la actividad judicial. El ordenamiento se concibe a la vez *estática* y *dinámicamente* (en el sentido que estas expresiones tienen en el Capítulo V de la *Reine*

(37) *Ibidem*, 629.

*Rechtslehre*) con la particularidad de que luego se pretenden anular las virtualidades creativas de derecho que los sistemas dinámicos permiten al juez.

Además de lo anterior, que ya de por sí sólo plantea serias dificultades, parece suponerse que el ordenamiento es, también simultáneamente, *completo* (en cuanto natural, positivado o no) e *incompleto* (en cuanto sólo positivo y, por lo tanto, no natural). Esto último resulta ya más que problemático: es contradictorio. En efecto.

i) Por una parte se concibe el ordenamiento como un sistema deductivo, estático y, además, completo: A partir de los principios generales admitidos por el Código y de la naturaleza de las cosas o del negocio se infieren lógicamente las reglas necesarias para garantizar algo así como una completud o suficiencia razonables. En el marco de este sistema que cabe denominar como *sistema natural* el juez realiza una actividad fundamentalmente racional: deduce la regla aplicable al caso mediante una operación (que se presenta como) puramente lógica ya sea a partir de normas formuladas (los principios), ya sea a partir de otras entidades que tal vez no son normas (la naturaleza de las cosas) pero evidentemente existentes (38). Ahora bien, esta actividad judicial que se considera como un desarrollo racional del Derecho a partir del propio Derecho y de algo que quizás no es Derecho no siempre resulta posible, pues

ii) al sistema anterior se añade otro no completo y que quizás tampoco es estático: Existen una serie de normas sólo positivas o que, por lo menos, están al margen de la naturaleza de las cosas («was nicht aus der Natur der Sache und des Geschäftes erkannt werden kann...»). Svarez se guarda, con todo, de decir que también estén al margen del Derecho natural). Estas se incluyen en el Código «en virtud de otras determinadas consideraciones» («aus gewissen andern Rücksichten») y con respecto a este segundo sistema de normas el discurso de Svarez cambia radicalmente de tono: Si antes hablaba de la clara posibilidad de que el juez desarrollara racionalmente el Derecho deduciendo de los principios y de la naturaleza de las cosas nuevas reglas aplicables a cada caso litigioso, ahora desaparece toda alusión al desenvolvimiento lógico del Derecho. Cuando Svarez se refiere al segundo sistema lo que aparece es la preocupación exclusiva por la precisión del mandato legislativo y la eliminación del arbitrio judicial. Da la impresión de que se ha pasado de concebir estáticamente el ordenamiento jurídico a pensar lo como dinámico con la peculiaridad, típicamente ilustrada, de que la precisión de la legislación anula prácticamente todo espacio posible para el arbitrio judicial (39): En el marco del segundo sistema el juez no razona, obedece.

En el epígrafe 3.2.3 veremos que Svarez, como todos los juristas

(38) Por supuesto, Kelsen no aceptaba que la evidencia fuera criterio de existencia o validez de una norma jurídica. Pero eso es aquí irrelevante.

(39) Kelsen tampoco aceptaba esta última posibilidad: la correlación entre la norma superior y la sentencia judicial nunca es completa, pues, como decía, el significado lingüístico de la norma no es unívoco. Véase el último —el octavo— capítulo de la *Reine Rechtslehre*.

de su época, entendía ingenuamente que un Código de leyes positivas sólo sería completo si regulara todos los casos *imaginables* en la realidad. A partir de esa concepción es obvio que concluyeran que ningún código podía gozar de tamaña propiedad. Por eso y frente a lo que consideraban como un problema insoluble Sáez o Carmer echarán mano del Derecho natural para completar el sistema positivo. Así, por ejemplo, el último de los autores citados escribiría pocos meses antes de la promulgación del ALR:

«Dass es nicht möglich ist, für alle eintzelnen Fälle Gesetzen zu geben, und dass nur allzu oft Handlungen und Umstände eintreten, die nicht nach positiven Vorschriften, sondern nur nach richtigen Herleitungen und aus Begriffen und Prinzipiis oder nach Analogie beurtheilt und entschieden werden müssen, ist freilich wahr, und beweiset die Eingeschränktheit und Unvollkommenheit aller Menschlichen Einrichtungen...» (40). [«Que no es posible dar leyes para todos los casos particulares y que demasiadas veces se presentan actos y circunstancias que no deben ser juzgados y decididos conforme a preceptos positivos, sino sólo de acuerdo con deducciones correctas y partiendo de conceptos y principios o bien según la analogía, es evidentemente cierto, y ello es prueba de lo limitado e incompleto de todas las instituciones humanas...»].

Pero, añadía Carmer, de la afirmación de que la legislación no puede hacerlo todo no se sigue que no pueda hacer nada: la *deducción* de algunas reglas a partir de los principios, la *inducción* de otras a partir de los negocios más acostumbrados de la vida civil y la derivación de unas tercera gracias al *argumento analógico* a partir de una legislación bien hecha resuelven la mayor parte de los problemas (41).

Ahora bien el autor tenía una confianza descriptible en lógicas tan ricas y variadas. Su iustracionalismo era más bien limitado: Carmer no tenía fe en un *modus arguendi* universalmente válido para las decisiones judiciales. Hay muchas maneras de razonar, venía a decir, y de entre todas las posibles, corresponde al legislador de cada Estado la que considere más adecuada para que el juez haga uso precisamente de esa y no de otra:

«Der Gesetzgeber kann freilich niemanden vorschreiben: wie er über rechtliche Gegenstände räsonnieren solle; aber er kann und muss bestimmen: welches von diesen verschiedenen möglichen Räsonnements in seinem Staate für richtig und allgemein geltend angenommen werden solle...» (42). [«Ciertamente, el legislador no puede prescribir a nadie

(40) Carta al ministro de Justicia Von Danckelmann, fechada a 8-11-1793, publicada en el Apéndice que incluyó Thieme en «Die preussische Kodifikation» (n. 1), 421.

(41) *Ibidem*.

(42) *Ibidem*.

cómo debe razonar sobre temas jurídicos; pero lo que sí puede y tiene que determinar es cuál de estos diferentes razonamientos posibles debe considerarse como correcto y generalmente válido en su Estado...»].

No sólo, por lo tanto, un Derecho natural prusiano, sino además una lógica prusiana.

En síntesis, en el texto de Svarez se dan cita dos concepciones del ordenamiento jurídico que, pese a ciertas ambigüedades, son distintas y están bastante bien diferenciadas: de una parte está el sistema natural. Su composición es ciertamente heterogénea pero, en todo caso, es calificado como un sistema deductivo y completo. La actividad judicial de aplicación del Derecho es ahí una actividad racional, puramente cognoscitiva que va desenvolviendo el Derecho mediante razonamientos lógicos. Pero, por otra parte, está el otro sistema, de naturaleza distinta al anterior y, además, incompleto. Formado por un conjunto de decisiones del legislador positivo que parecen estar al margen del sistema natural, surge la necesidad de controlar las decisiones judiciales que aplican las normas que lo componen: Faltas aquí del auxilio de la lógica, podrían resultar fatalmente creadoras de nuevo Derecho. Eso no puede ser pues se asume que el único legislador es el soberano. Para evitarlo se arbitrará un remedio: la formulación precisa, máximamente precisa, de los mandatos del legislador positivo. A partir de ahí cabrá prohibir la interpretación en sentido estricto y remitir al legislador o a alguna autoridad por él delegada la solución de los pocos casos dudosos que puedan haberse deslizado ocasionalmente en una legislación que se supone generalmente precisa y exacta.

La ilación entre el sistema natural y el positivo no parece ser la de la conjunción sino la de la subsidiariedad. Con ello se intentan obviar las dificultades que conlleva la duplicidad de sistemas: El juez aplicará el código discriminando en él las normas a partir de las cuales puede razonar y deducir otras de aquéllas que simplemente ha de obedecer. Una parte del Derecho es desarrollado lógicamente, otra se sigue al pie de la letra. Por un lado, el juez desenvuelve racionalmente la ley. Por el otro, la obedece ciegamente.

En cambio, en el texto de Carmer los dos sistemas aparecen fundidos o, quizás ya, confundidos y además, se explicita que el legislador positivo hace algo más que recibir y seleccionar principios naturales (y dictar normas puramente positivas): escoge de entre las lógicas disponibles la más adecuada (43).

(43) En la exposición del texto la expresión «sistema» se ha usado, con generosidad, en sentidos muy diferentes. Dado que alternativa o cumulativamente el sistema está formado por entidades ideales o materiales o por entidades materiales que se consideran como proposiciones (cfr. la nota 27), por normas codificadas unas y por otras que quizás no lo están o que se consideran como entidades distintas a las normas, por textos legales que recogen todo o parte de lo anterior, por todo lo que se deriva de lo anterior a través de distintas lógicas materiales, salvo que el Soberano lo haya prohibido, etc., etc., hay que concluir que el único sentido común a «sistema de normas» es «amashijo de cosas». Y debe hacerse la precisión ulterior de que muchas de

Las reglas sobre interpretación judicial del ALR recogerán la doble concepción de Svarez y la crítica de Schlosser (44):

a) El parágrafo 46 de la Introducción aferra al juez al sentido que claramente resulte de *las palabras de la ley* y de su contexto en relación con el caso litigioso, o bien al que derive *del más inmediato e indudable fundamento de la ley*:

«Bey der Entscheidungen streitiger Rechtsfälle darf der Richter den Gesetzen keinen andern Sinn beylegen, als welcher aus den Worten, und dem Zusammenhange derselben, in Beziehung auf den streitigen Gegenstand, oder aus dem nächsten unzweifelhaften Grunde des Gesetzes, deutlich erhellet». (*Einleitung*, parágrafo 46). [«En las decisiones de los casos jurídicos litigiosos, el juez no puede atribuir a las leyes otro sentido que el que resulta claramente de las palabras y de su contexto en relación con el caso litigioso o del más inmediato e indudable fundamento de la ley»].

El carácter cognoscitivo de la interpretación del Derecho se pretende así garantizar mediante dos criterios: la regla de la interpretación literal y la de la interpretación lógica.

Y si ni una ni otra permiten averiguar el sentido de la ley, estamos ante un *defecto de la ley*, ante una ley dudosa, oscura. El juez no debe resolver sino que tiene que elevar la duda a la Comisión Legislativa a fin de que ésta resuelva lo procedente:

«Findet der Richter den eigentlichen Sinn des Gesetzes zweifelhaft, so muss er, ohne die prozessführenden Parteyen zu bennennen, seine Zweifel der Gesetzcommission anzeigen, und auf deren Beurtheilung antragen» (*Einleitung*, parágrafo 47). [«Si el juez cree que el sentido propio de la ley es dudoso, entonces debe, sin mencionar a las partes litigantes, comunicar su duda a la Comisión Legislativa y aceptar su decisión»].

«Der anfragende Richter ist zwar schuldig, den Beschluss der Gesetzcommission bey seinem folgenden Erkenntniss in dieser Sache zum Grunde zu legen; den Parteyen bleiben aber die gewöhnlichen Rechtsmittel dagegen unbenommen» (*Ibid.*, parágrafo 48). [«El juez que realiza la consulta debe, en el examen posterior de la causa, utilizar como fundamento la resolución de la Comisión Legislativa. Pero no por ello pierden las partes los recursos habituales»].

estas cosas no han existido jamás. Sobre el tema véase EUGENIO BULYGIN, *Logische Fragen der Gesetzgebungstechnik*, en Jürgen Rödig (Hrsg.), *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*. Berlin-Heidelberg-New York. Springer Verlag, 1976, 612 y ss.

(44) Ya en el segundo Proyecto: *Allgemeines Gesetzbuch für die Preussischen Staaten. Erster Theil*. Berlin. Gedruckt in der Königl. Hofbuchdruckerey, 1791. *Einleitung*. Parágrafos 50 y ss. No hay cambios posteriores.

b) Por otra parte, el parágrafo 49 supone que el Código es completo: Si el juez no encuentra ley aplicable al caso, puede y debe decidir conforme a los *principios generales admitidos por el Código* y la *aplicación analógica de sus disposiciones*. No hay aquí defecto de la ley sino *defecto de ley* (formulada):

«Findet der Richter kein Gesetz, welches zur Entscheidung des streitigen Falles dienen könnte, so muss er zwar nach den in dem Gesetzbuche angenommenen allgemeinen Grundsätzen, und nach den wegen ähnlicher Fälle vorhandenen Verordnungen, seiner bester Einsicht gemäss, erkennen». [«Si el juez no encuentra ninguna ley que pueda servir para la decisión del caso litigioso, debe entonces fallar según los principios generales aceptados por el Código y conforme a las disposiciones existentes para casos análogos de acuerdo con su mejor juicio»].

En este caso, el juez debe comunicar al *Chef der Justiz* el supuesto defecto. De dictarse por esa razón una nueva ley, ésta carecerá de efectos retroactivos:

«Er muss aber zugleich diesen vermeintlichen Mangel der Gesetze dem Chef der Justiz so fort anzeigen» (Ibid., parágrafo 50). [«Pero al mismo tiempo debe comunicar sin tardanza alguna la supuesta ausencia de ley al *Chef der Justiz*»].

«Sollte durch dergleichen Anzeige in der Folge ein neues Gesetz veranlasst werden, so kann dasselbe doch auf die vorher schon gültig vollzogenen Handlungen keinen Einfluss haben» (Ibid., parágrafo 51). [«Si como consecuencia de la anterior comunicación, se dictara una nueva ley, ésta carecería de todo efecto sobre los actos válidamente realizados con anterioridad»].

Base de la distinción entre el defecto de la ley y el defecto de ley es la suposición tácita de que el juez conoce siempre si hay una ley aplicable al caso litigioso pero que puede no conocer lo que dice la ley aplicable. El *casus dubius* sólo puede ser entendido de esta forma pues en otro caso el doble sistema previsto por la regulación citada no podía operar. La suposición de que el juez puede saber sin saber es la primera dificultad, si no la primera posible contradicción, del modelo de regulación de la aplicación del Derecho en el ALR.

### 3.2.2. La regla del parágrafo 46 de la Introducción del ALR: La letra y el fundamento de la ley.

El parágrafo 46 de la Introducción del ALR recogía una versión muy moderada de la regla de la interpretación literal, pues no se limitaba a considerar ni sólo las *palabras legales* ni sólo las palabras *de la ley*. El contexto extralingüístico (y, por ende, extralegal: el caso

litigioso) se tenía en cuenta como elemento de interpretación. Unicamente con estos matices cabe decir que el Código era literalista.

Pero una regla literalista de la interpretación no garantiza la supresión del *casus dubius*.

Por una parte, la regla de la interpretación gramatical está asociada a una concepción errónea del significado conforme a la cual si un enunciado o un conjunto de enunciados formulados en un lenguaje natural que incluye una serie de términos técnicos, como es el lenguaje jurídico, se expresan con claridad, entonces el sentido de éstos será máximamente preciso, ni vago ni ambiguo.

Se suponía que bastaba en la práctica con escoger cuidadosamente las expresiones adecuadas para que su *significado literal* manifestara inequívocamente la voluntad del legislador (45). Más es sabido que los

(45) Desde LUKAS, *Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers* (n. 1), 399 y ss., se distingue en el marco de la doctrina de la voluntad del legislador entre el *Wille zur Gesetzform* y el *Wille zum Gesetzhalt*. El primero se refiere a la forma o configuración del texto legal tal y como se promulga haciéndolo público a la colectividad. El segundo se refiere a las representaciones que la o las personas que actuaron como legisladores se hicieron del «contenido» del texto legal. Pero resulta más adecuada para comprender la distinción que se recoge en el texto la doctrina de Doneau que Lukas, en cambio, criticaba (p. 399, nota 2):

DONEAU (*Commentariorum de Iure Civili* (n. 3), I, XIII, 1) fue, como ya se señaló, uno de los primeros autores modernos que formularon con precisión la doctrina de la voluntad del legislador: la ley no es lo que está escrito, sino lo que quiso el legislador. Ulteriormente distinguía entre *verba* («verba sunt quibus lex quaeque scripta est») y *sententia* (quod lex ex verbis sentire, et velle intellegitur). Como señala Lukas, la distinción verba-sententia no se corresponde con la que él establece entre «textliche Form» y «gedanklicher Inhalt» (literalmente: forma textual y contenido conceptual o de pensamiento), pues en Doneau el *significado literal* cae del lado de los *verba* y por eso construye una doctrina tradicional de la interpretación basada en la relación de coincidencia o discordancia entre los *verba* o *significado literal* y la *sententia legum* (recuérdese el conocido texto de Celso: D. 1,3,17 [16]).

La doctrina expuesta por Doneau expresa con mayor claridad que la de Lukas la distinción que media, en el marco de la doctrina de voluntad del legislador, entre la interpretación en sentido amplio y la interpretación en sentido estricto de la ley: Quien realiza la primera actividad trabaja sólo con los *verba legum*, con el significado literal del texto leído. La interpretación en sentido estricto comienza cuando los *verba legum* esconden varias posibles *sententiae* y no se sabe en principio cuál de ellas refleja la voluntad del legislador, es decir, cuando hay motivos para pensar que el significado literal no reproduce adecuadamente esa voluntad. Es esa última actividad la que los legisladores del Despotismo Ilustrado trataban de excluir o, al menos, de limitar. No, en cambio, la primera.

La distinción de Lukas refleja algo distinto: la diferencia que media entre la doctrina diez y chesca conforme a la cual el intérprete ha de atender al *Wille zum Gesetzhalt* y la doctrina dominante en Alemania a partir del último tercio del siglo XIX (Laband, Kohler, Von Bülow, etc.), según la cual la única voluntad relevante a averiguar era el denominado *Wille zur Gesetzform*, sin que el intérprete tuviera porqué entretenérse en averiguar el peculiar sentido que habían atribuido al texto legal los individuos que cabe calificar como legisladores (los parlamentarios, por ejemplo).

Ello refleja el tránsito de una doctrina «subjetiva» a una «objetiva» de

lenguajes naturales no permiten semejante precisión. Una cierta exactitud sólo resultará posible en el contexto de una teoría formalizada y un máximo de exactitud sólo lo es en matemáticas (46).

Además ya se ha señalado que los problemas de precisión no son únicamente problemas semánticos. Se trata fundamentalmente de cuestiones pragmáticas. La explicación de por qué jueces distintos, en situaciones también distintas, entienden diversamente ocurrencias idénticas de un mismo enunciado legal no es una explicación semántica. Los legisladores de la Ilustración carecían (no menos que los actuales) de una teoría explicativa que pudiera permitir mejorar la precisión legislativa hasta el punto de poder instaurar como regla el recurso al legislador sin paralizar la administración de la justicia. El ALR, como otros códigos que lo siguieron, se limitaba a indicar que el juez debía decidir relacionando las palabras de la ley con el contexto extralingüístico en que había que tomar la decisión aunque, por supuesto, no especificaban la naturaleza de esa relación. Desde esta perspectiva, la regla de la interpretación gramatical no era útil para los fines propuestos.

Junto a la regla de la interpretación gramatical o literal, el ALR introducía el canon de la interpretación lógica. Con ello recogía, como ya se dijo, la crítica de Schlosser al primer proyecto y, a fin de cuentas, la doctrina contemporánea de la interpretación.

En el texto del parágrafo 46 se intentaba, al menos, poner un límite a la interpretación lógica: el fundamento de la ley debía resultar clara e inmediatamente de su texto sin que, al parecer, fuera posible atender a circunstancias extralegales que manifestaran la voluntad del legislador.

Dando un paso más, la doctrina posterior al ALR acentuará esta exigencia en honor a un criterio moderno de seguridad jurídica (47).

---

la interpretación y se debe entre otras cosas al hecho de que no es insensato pensar qué hay que averiguar cuál era la voluntad de tal o cual monarca absoluto. Pero es mucho más difícil realizar esa tarea cuando la legislación es obra de un colectivo (una asamblea electiva).

(46) Cfr. EUGENIO BULYGIN, «Sentenza giudiziaria e creazione di diritto». *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XLIV, 1967, 164 y ss., 169. En general, v. MARIO BUNGE, *Treatise on Basic Philosophy. Volume 2. Semantics. II: Interpretation and Truth*. Dordrecht (Holland)-Boston (U. S. A.). D. Reidel, 1974, 53.

(47) Cfr. el parágrafo 45 de la Introducción del ALR. La doctrina posterior acentúa esta exigencia, como se señala en el texto, en aras de la seguridad jurídica.

Así, por ejemplo, Franz Schoemann dirá en 1806:

«... die Pflicht des interpretirenden Richters [besteht] ausschliesslich in der Reconstruction des von der Gesetzgebung ausgesprochenen Gedanken, und der darin begriffenen verkündeten Regeln...» (*Handbuch* (n. 23), I, 79).

Y, en esa línea, hay que atender únicamente a la intención del legislador expresada en el texto legal y no a la que no se manifiesta en el mismo o al mero motivo (por oposición a la finalidad básica), aunque sea aludido en el mismo:

«Die möglichste Sicherheit der Rechte der Unterthanen ist Hauptzweck auf welchen eine gute Gesetzgebung mittelbar berechnet seyn muss:

Ulteriormente, juristas de talante liberal, como el gran civilista Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840) acabarían proponiendo el abandono de la doctrina de la voluntad del legislador sugiriendo ya los rudimentos de una doctrina «objetiva» de la interpretación: en la interpretación lógica, decía Thibaut, hay que averiguar el fundamento objetivo de la ley: no lo que el legislador *quiso* decir sino lo que *debió* haber dicho dados los principios en los que su legislación se basa (48).

Mas la destrucción del canon de la interpretación lógica sería obra de un conservador: Savigny arrasaría en su obra madura con toda la construcción en el marco de su crítica general a las doctrinas iluministas de la interpretación. En abierto conflicto con éstas, las acusaba de negar el carácter cognoscitivo de la interpretación, que él postulaba, y de considerarla, por tanto, «no dentro de los límites de una pura y verdadera comprensión» del pensamiento de la ley sino como «una nueva conformación de la ley» (49). De hecho, en eso último llevaba razón pero se trata de algo que nunca habían negado algunos de los más lúcidos tratadistas de la interpretación lógica. Así, por ejemplo, Karl Salomo von Zachariä (1769-1843) había afirmado abiertamente que en el fondo la interpretación lógica era efectivamente legislación y que, por consiguiente, no debía estar autorizada más que a quien tuviera una delegación específica del legislador (50).

Pero para Savigny esto suponía convertir la excepción en regla: Toda la doctrina de la interpretación lógica tal y como la habían expuesto los autores que él criticaba —Zachariä, Eckhard o Thibaut— (51) era rechazable porque llevaba realmente a *corregir* el pensamiento de la ley en vez de a conocerlo y explicarlo. Según los cánones de la *logische Auslegung* había que tomar no la idea efectivamente expresada por la ley sino lo que ésta debía haber expresado según su fundamento. Para Savigny eso era algo que sólo está permitido al legislador (*interpretación auténtica*) y que está vedado al juez, pues supone rectificar la ley. El juez está ciertamente obligado a decidir

---

darum kann allein die ausgesprochene Absicht des Gesetzgebers gesetzliche Norm seyn, aber keineswegs der Beweggrund, wenn er gleichwohl ausgesprochen ist, und eine andere, etwa weitere oder enger Absicht des Gesetzgebers, als die vermittelst der Sprachzeichen ist, ahnen lassen dürfe.» (Ibidem, 84-85. La cursiva es del autor).

(48) «was der Gesetzgeber nach den Gründen, worauf seine Vorschrift beruht (ratio legis) sagen sollte» como algo distinto de aquello «was er durch die Worte gesagt hat (dem Wortverstande des Gesetzgebers)». *Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts*. Mit einer Einleitung von Lutz Geldsetzer (Instrumenta Philosophica. Series Hermeneutica. II). Düsseldorf. Stein-Verlag Janssen und Co., 1966. Repróducción de la 2.<sup>a</sup> edición Altona, 1806, parágrafo 2, p. 12 Cfr. con todo STÜHLER, *Die Diskussion* (n. 23), 191-192.

(49) *System des heutigen Römischen Rechts*. Neudruck der Ausgabe. Berlin, 1840. Scientia Verlag. Aalen, I, parágrafo 32, p. 211.

(50) *Versuch einer allgemeiner Hermeneutik des Rechts*. Meissen, 1805, 161 y ss., 318. Autor contra quien Savigny dirigía su crítica (cfr. el lugar citado en la nota anterior).

(51) *System* (n. 49), I. Parágrafo 50, p. 320, nota d y parágrafo 32, p. 211.

por oscura que resulte la ley, mas resuelve la oscuridad no legislando sino aplicando los cánones de la interpretación científica o doctrinal. Esta es la regla y la interpretación auténtica, la excepción. La doctrina iluminista había invertido el problema (52).

La crítica de Savigny no era desacertada, pero sus presupuestos suponían una regresión en relación al programa iusracionalista: éste había desenmascarado el carácter no exclusivamente cognoscitivo de Derecho de la interpretación y había intentado sin éxito garantizar la aplicación «mecánica» del Derecho mediante una política de renovación legislativa y reglas tales como la de la interpretación gramatical, la interpretación lógica y el recurso al legislador. El canon de la interpretación lógica se había asumido *in extremis* como un remedio a las insuficiencias del canon literal. Pero el remedio había sido peor que la enfermedad: con la interpretación lógica entraban en el Código todos los procedimientos argumentativos de la vieja doctrina del Derecho común. Los teóricos de la Ilustración desde Beccaria al civilista Zachariä reconocían que el recurso a la *ratio*, *Grund*, fundamento o espíritu de la ley contradecía las bases mismas del programa ilustrado, convertía a la decisión judicial en arbitrio, en algo que participaba de la naturaleza de la legislación. Beccaria podía pensar en 1764 que ese arbitrio podía ser evitado, pero medio siglo después, Zachariä ya no podía hacer otra cosa que negar esa posibilidad y confesar que el juez que interpretaba lógicamente la ley actuaba como un legislador.

Savigny puso al descubierto que esta última posición negaba los presupuestos mismos del programa codificador del Iluminismo pero, en medio de un verdadero asalto a la razón, su crítica tuvo éxito sólo a costa de oscurecer aquello que precisamente decía querer aclarar: el verdadero carácter de la interpretación (53). Savigny se limitaba ya a

(52) *System* (n. 49). Parágrafo 32, p. 209 y ss.

(53) En Savigny la interpretación lógica desaparece, deja de ser una clase de interpretación. El elemento «lógico», desvinculado de toda connotación relativa a la «ratio legis» pasa a ser uno de los conocidos cuatro elementos de la interpretación (*System* (n. 49), I. Parágrafo 33, p. 213 y ss.), doctrina ésta presente todavía en buena parte de la manualística contemporánea.

Sobre los orígenes de la doctrina de la interpretación de Savigny véase KARL LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 4. Auflage. Berlin-Heidelberg-New York. Springer Verlag, 1979, 12. En su temprano escrito sobre metodología jurídica (redactado durante el invierno de 1802-1803. *Metodología Jurídica*. Clásicos del Derecho y Ciencias Sociales. 2. Traducción de J. J. Santa-Pinter. Buenos Aires. Ediciones Depalma, 1979), el joven Savigny ya se había enfrentado con la doctrina tradicional de la interpretación en dos puntos:

I) Rechazaba la clasificación de la interpretación en *authentica, doctrinalis* y *usualis*, cuyos orígenes se remontan a los Glosadores (detalles en la primera parte de este trabajo, de próxima publicación). Savigny sostenía ya en esta época una de las tesis básicas de su doctrina posterior: *la verdadera interpretación es la doctrinal*. El legislador si se limita a interpretar la ley, lo hace doctrinaliter. Y si hace algo más, entonces actúa como tal legislador, pero no como intérprete (p. 12). Por su parte, el juez se limita a reconocer las normas aplicables para tenerlas en cuenta en la decisión del caso litigioso (p. 7).

postular el carácter *cognoscitivo* de la interpretación doctrinal. Pero sorprendentemente y en absoluta contradicción con esa afirmación de partida, defendía simultáneamente que la interpretación no puede ser una *teoría*: es un *arte* y no una *ciencia*. Como todas las artes y como ninguna ciencia es algo que a algunos les está dado captar pero que no se puede enseñar:

«... diese Kunst lässt sich eben so wenig, als irgend eine andere, durch Regeln mittheilen oder erwerben» (54). [«... este arte se deja transmitir y adquirir según reglas fijas en tan escasa medida como cualquier otro»].

Décadas después, en la síntesis final de la cultura del Pandectismo alemán, Bernhard Windscheid repetiría al hablar de la interpretación:

«Diesselbe ist aber nicht sowohl eine Wissenschaft, welche gelehrt werden kann, als eine Kunst welche gelernt werden muss...» (55). [«Esta no es tanto una ciencia que pueda ser enseñada como un arte que debe ser aprendiendo...»].

II) Igualmente rechazada que la interpretación, además de *declarativa* pudiera ser *extensiva* y *restrictiva* (p. 12. Tricotomía también clásica en la doctrina del derecho común. Cabe remitirse de nuevo al trabajo aludido *supra* para el desarrollo de la cuestión): Savigny *no admitía que se pudiera acudir a la razón de la ley como premisa mediante la cual se modifica la conclusión final*, la ley, *«la regla expresa de la ley»*, «de modo que ésta deba ser más amplia —interpretación extensiva— o menos amplia —interpretación restrictiva—» (p. 41).

Para el Savigny de 1803 resulta *absolutamente arbitrario* ascender «de las palabras, de la expresión de la ley, a su razón», pues, se preguntaba, ¿cómo se encuentra esta última? Normalmente, respondía, lo único que existe es la regla legal y cuando el intérprete dice ir en busca de la razón de la ley, lo único que hace es agregar «de una manera artificial» «la razón que debe descubrirse» (pp. 41-42). La crítica es certera: «... esta operación es tan arbitraria que no se puede hablar de una verdadera interpretación porque lo que el juez debe agregar a la ley, por este solo hecho no puede ser ya objetivo... la razón no es objetiva por la ley; sin embargo, por la ley debe expresarse algo objetivo...» (p. 42). Es más, ni siquiera cuando el legislador estableció la «ratio legis» hay que atender al procedimiento seudointerpretativo criticado, pues el legislador sólo aludió a la «ratio legis» en el texto legal «para aclarar la regla legal mediante ella misma» (p. 42). En cambio, Savigny admitía en esa época la *analogía*. La razón se hace difícil de comprender: en la analogía, a diferencia de en el caso de la interpretación lógica que lleva a una «extensio» o «restrictio legis», no «se agrega algo extraño a la ley», sino que «la legislación se completa a sí misma» («aus sich selbst ergänzt», p. 44). Es precisamente en las páginas de la *Metodología* dedicadas a la crítica de la interpretación (lógica) de la ley según su «ratio», donde Savigny aludía al famoso texto de Beccaria que *supra* hemos citado en tema de *espíritu de la ley* (*De los delitos y de las penas*. Cap. 4). Savigny toma aquí la defensa de Beccaria. Beccaria y Savigny eran, en su crítica a la interpretación lógica, más lúcidos que sus contemporáneos.

(54) *System* (n. 49), I. Parágrafo 32, p. 211.

(55) BERNHARD WINDSHEID-THEODOR KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 9. Auflage. Bearbeitet von Theodor Kipp. Band 1. Neudruck der Ausgabe. Frankfurt am Main, 1906. Aalen. Scientia Verlag, 1963, parágrafo 20, p. 96.

### 3.2.3. La regla del parágrafo 49 de la Introducción del ALR: Defecto de ley y defecto de la ley.

Según el parágrafo 49 de la Introducción al ALR, antes citado, el juez debía suplir la laguna legal —el defecto de ley— infiriendo la regla aplicable al caso litigioso a partir de los principios generales admitidos por el Código o mediante la aplicación analógica de sus disposiciones.

En este caso y a diferencia del supuesto de la ley dudosa —defecto de la ley— el juez no debía suspender el juicio y recurrir al legislador. Por el contrario, decidía y se limitaba, como se vio, a comunicar la supuesta carencia al Chef der Justiz por si se consideraba oportuna la promulgación de una ley nueva.

La diversidad de tratamiento que recibían ambos supuestos resulta realmente sorprendente si no se tienen en cuenta los presupuestos en que se hacía descansar.

Al primero de ello ya se hizo alusión: Base de la distinción entre el defecto de la ley y el defecto de ley es la suposición, falsa, conforme a la cual el juez conoce siempre si hay ley aplicable, aunque al mismo tiempo puede ignorar qué dice la ley aplicable (al menos: se da por sentado que los supuestos de hecho son siempre claros. El «casus dubius» sólo afecta a las consecuencias de derecho).

Ulteriormente es obvio que desde el punto de vista del parágrafo 49 de la Einleitung del ALR, el Código se concibe como un código completo en un sentido que ciertamente no es fácil de precisar. Lo problemático es, en primer lugar, que se entienda en este contexto por «completud» y, luego, cómo se relaciona esta característica con lo dispuesto en los parágrafos 46 y 47 relativos al «casus dubius» que parecen presuponer cabalmente lo contrario, la incompletud del código.

Las discusiones doctrinales sobre la completud o suficiencia (Vollständigkeit) del (o de parte del) ordenamiento jurídico, así como las correlativas sobre las lagunas del derecho (Rechtslücken) traen históricamente causa de las codificaciones iusnaturalistas y, concretamente, del intento de los legisladores ilustrados de distanciar el nuevo derecho del viejo, de prohibir la denominada heterointegración del código. Estas discusiones no se reproducirán aquí. A los efectos que interesan bastará tal vez con algunas distinciones:

a) En el ALR, como en otros textos similares que le siguieron, se trataba de garantizar la completud en sentido *jurídico*, pero no en sentido *lógico* (56) ni tampoco en sentido *iusfilosófico* (57).

(56) Los lógicos enseñan que un sistema de enunciados es completo si toda verdad lógica de ese sistema es formalmente deducible, es decir, si todas las verdades formales formuladas en su lenguaje son teoremas del cálculo. Puede consultarse al efecto cualquier buen manual de lógica.

Aquí hay que destacar que ese concepto de completud no tiene demasiado que ver con la idea de completud que usan los juristas positivos: la propiedad lógica de la completud acostumbra a concebirse como una propiedad formal que se predica de entidades formales y en el marco de un sistema deductivo: sistemas de enunciados (indicativos) formulados en un lenguaje artificial.

b) Los autores del ALR, como en general toda la cultura jurídica de la época y buena parte de la posterior, manejaban un concepto ingenuo de completud jurídica. En los textos de Svarez o de Martini citados antes en el epígrafe 3.2.1 se hablaba de laguna del Código como de un fenómeno absolutamente inevitable, pues, como decían ellos, y luego se ha repetido hasta la saciedad, el legislador no puede dictar una ley para todos y cada uno de los casos que la realidad puede llegar a presentar. Pero un concepto fecundo de laguna no es relativo a todos los casos imaginables, sino a los efectivamente planteados por el sistema normativo de que se trate y sobre cuya suficiencia se pregunta. Si se supone que un sistema normativo dado está formado por normas que correlacionan casos genéricos con soluciones, hay una laguna cuando un caso genérico posible en ese sistema carece en el mismo de solución (58).

c) Pero además, en el parágrafo 49 no se suponía un concepto *sustantivo* de laguna. En el ALR la laguna no es en realidad ausencia de ley, sino ausencia de ley formulada, *de texto legal* (Si se prefiere: no hay lagunas del derecho aunque las haya de la ley).

En esta última suposición radica la justificación de la diferencia de trato entre el defecto de la ley efectivamente formulada (parágrafos 46 y 47 de la Introducción) y el defecto de formulación legal (parágrafo 49).

En el último supuesto la «ley aplicable» existe y pertenece al siste-

---

Pero ni el derecho codificado prusiano vigente a partir del 1 de junio de 1794 era un conjunto de entidades formales (sino materiales) ni aún concebidas como enunciados, como entidades formales (así lo había preconizado «expressis verbis» Schlosser en su crítica. Nuevamente hay que remitir al lector a la cita recogida en la nota 27, donde el autor afirmaba que las leyes no son sino proposiciones lógicas), se trataría de enunciados indicativos (sino prescriptivos) ni, por último, las reglas de «inferencia» propuesta —como la analogía— tienen absolutamente nada que ver con el razonamiento deductivo.

(57) Durante mucho —demasiado— tiempo los filósofos del derecho han inquirido sobre distintos conceptos de *completud o suficiencia del ordenamiento jurídico*. Pese a la diversidad de éstos, todos tienen una propiedad común: tener poco que ver con los conceptos de completud que manejan los juristas positivos. Estos últimos no acostumbran a tratar del ordenamiento jurídico sin más, como un sistema unitario. Lo que, en cambio, interesa a civilistas, penalistas, administrativistas, etc., es la sistematización de grupos singulares de normas que se relacionan con una o más materias dadas. Eugenio Bulygin. «Zwei Systembegriffe in der rechtsphilosophischen Problematik». *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. LIII-3, 1967, 329 y ss. Como concluye el autor: «Die Systematisierung des gesamten Rechts ist somit ein produkt der rechtsphilosophischen Phantasie. Sie hat kein Korrelat in der Rechtswissenschaft» (p. 332).

(58) La idea, moderna, de construir un concepto de laguna como una *relación triádica* entre un conjunto de normas, una clase de actos y una clase de casos ha sido expuesta con claridad por CARLOS E. ALCHOURRON y EUGENIO BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires. Editorial Astrea, 1974 (Edición original: *Normative Systems*. Wien. Springer Verlag, 1971), 48-49 y *passim*.

De los mismos autores v. «Sobre el concepto de orden jurídico». CRITICA. *Revista Hispanoamericana de Filosofía*. Vol. III, núm. 23, 1976, 3 y ss, página 16.

ma (de cuyos principios se deduce y de cuyas concretas disposiciones se infiere por analogía), sólo que no se ha formulado específicamente: Desde la perspectiva del parágrafo 49 el ordenamiento se concibe *estáticamente* y el sistema es *completo*.

Ahora bien, nada de todo esto sucede en el caso de los párrafos 46 y 47 («casus dubius»). Aquí el ordenamiento se concibe *dinámicamente* y el juez carece del auxilio de la deducción: debe recurrir al Legislador para que éste aclare cuál era su voluntad defectuosamente expresada.

Lo anterior requiere una explicación. Los conceptos de ordenamiento estático y ordenamiento dinámico, que hemos tomado prestados de la obra de Hans Kelsen, son radicalmente distintos. Pero pese a ello han sido indiscriminadamente presupuestados en la codificación en general y en la codificación prusiana en particular.

Un ordenamiento estático es un sistema deductivo: los enunciados que son deducibles mediante un conjunto de reglas de derivación a partir de otros considerados como axiomas del sistema pertenecen al mismo (59). El sistema se considera completo si son deducibles todos los enunciados verdaderos del mismo.

El ALR en cuanto sistema estático estaría formado por unos axiomas que serían los principios generales admitidos o recibidos por el legislador positivo y por el resto de la normativa más, todo lo que se deduce de lo anterior considerando como reglas válidas de derivación argumentos tales como la analogía.

Todo esto resulta más bien problemático: supone concebir los mandatos del legislador como enunciados a partir de los cuales se pueden deducir otros enunciados. Además, no se explicitan las reglas de inferencia válidas a partir de los principios y la única que se explicita, el argumento analógico, no es regla de inferencia lógica. En cualquier caso parece que 'completo' quiere decir en el ALR algo así como posibilidad de encontrar racionalmente una regla aplicable a todos los casos litigiosos.

Pero, por otra parte, el ALR se concibe también y a la vez como un sistema dinámico. En un sistema de este tipo la relación que media entre las distintas normas que lo forman no viene dada por la deducción sino por un criterio de validez. Una directiva es una norma, es válida si ha sido creada por un órgano al que otra norma superior autoriza para ello y conforme eventualmente con el procedimiento o el contenido que determina esta última. Este criterio de validez es, en el límite, relativo pues debe reconducirse a una norma fundamental que no trae su validez de ninguna otra norma superior (60). En el marco de la doctrina del absolutismo monárquico la autoridad suprema se identifica en principio con el soberano y la norma fundamental sería aquella según la cual hay que obedecer susm andatos (Cfr. ALR, II, 13, parágrafo 6, citado *supra* en el epígrafe 1).

(59) BULYGIN, «Zwei Systembegriffe», n. 57), 329.

(60) Sobre la naturaleza de esta última norma han discutido ampliamente los filósofos del derecho, pero esa no es cuestión que interese aquí.

Como ya se señaló, lo característico de esta construcción doctrinal es la pretensión de que las normas legales no tienen porqué dejar ámbito libre alguno de decisión al órgano encargado de juzgar, sino que determinan con precisión el contenido de la decisión judicial. En el modelo de ordenamiento dinámico creado por el normativismo contemporáneo se supone que la norma superior puede ser exclusivamente una norma de competencia que autorice en blanco a un órgano para dictar una norma con un contenido cualquiera y, en todo caso, se afirma que el contenido de esta última no puede ser prefijado con absoluta precisión por aquélla, dada la ineliminable dosis de imprecisión del lenguaje en que se expresan las normas jurídicas. En la doctrina de Kelsen, por ejemplo, el juez puede dictar sentencia porque está autorizado para ello, pero el contenido de la decisión no está ni puede estar nunca absolutamente predeterminado a la nada el marco dejado a la voluntad del juez. A eso responden las reglas sobre interpretación literal y lógica de los párrafos 46 y 47, así como otras disposiciones generales sobre las leyes (61).

Frente a la *laguna*, el juez decide deduciendo la regla aplicable. Frente a la *ley dudosa* el juez no deduce nada ni mucho menos se subroga en la posición del legislador: le consulta. Sistema estático y sistema dinámico están así entreverados en el ALR como lo están, aunque con menos claridad, en los títulos preliminares de muchos códigos civiles contemporáneos.

### 3.3. La derogación de las reglas sobre interpretación del ALR

La institución del recurso al legislador tuvo en el ALR una vigencia efímera: fue derogada en 1798 (62). El doble planteamiento aceptado

(61) Cfr. los siguientes párrafos de la *Einleitungs*

«Auf Meinungen der Rechtslehrer, oder ältere Aussprüche der Richter, soll, bey künftigen Entscheidungen, keine Rücksicht genommen werden» (párrafo 6).

La regla supone rechazar la eficacia tradicionalmente atribuida por el derecho común a la *interpretación doctrinal* («interpretatio non necessaria sed etiam probabilis. Communis opinio») y *judicial* (interpretatio necessaria et specialis. Non generalis). Para esto hay que remitir a la primera parte de este trabajo en curso de publicación:

«Gesetze behalten so lange ihre Kraft, bis sie von dem Gesetzgeber ausdrücklich wieder aufgehoben werden» (párrafo 59).

«So wenig durch Gewohnheiten, Meinungen der Rechtslehrer, Erkenntnisse der Richter, oder durcho die in einzelnen Fällen ergangenen Verordnungen neue Gesetze eingeführt werden können; eben so wenig können schon vorhandne Gesetze auf dergleichen Art wieder aufgehoben werden» (párrafo 60).

Ambas reglas tienen como presupuesto la doctrina de la voluntad del legislador que se pretende llevar hasta sus últimas consecuencias, y la práctica del derecho común que se quiere eliminar.

(62) *Kabinetts-Order* de 8.3.1798 y *Reskript* de 21.3.1798. Cfr. LUDWIG VON RÖNNE, *Ergänzungen und Erläuterungen des Allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten durch Gesetzgebung und Wissenschaft*. 7. Auflage Berlin, R. V. Decker's Verlag, 1885, I, 69. FRANZ FÖSTER-M. C. ECCIUS, *Preussisches Privatrecht*. 7. Auflage. Berlin. Georg Reiner, 1896, I, 70 y ss. CHRISTIAN

por la regulación originaria del ALR en tema de interpretación judicial sólo estaba justificado si se aceptaban los presupuestos de, por una parte, un iusracionalismo deductivista y, por otra, una versión radical de la doctrina de la voluntad del legislador.

Pero el legislador fue en seguida menos doctrinario: le pareció un absurdo que el juez pudiera decidir en ausencia de toda ley y que no pudiera hacerlo, en cambio, cuando había ley aplicable (por más que oscura). Fue esa constatación la que le movió a derogar la institución del recurso al legislador (63).

En 1803, el *Primer Apéndice* al ALR introdujo en el Código una regla que sustituía a los primitivos párrafos 47 y 48 de la *Einleitung*. Conforme a ella, en caso de *ley dudosa* el juez debía decidir directamente aplicando a la resolución de la duda *las reglas generales de la interpretación*, reglas que no se especificaban con lo que la actividad interpretativa quedaba legalmente descontrolada. Se suprimía la exigencia de consulta al legislador y se introducía a cambio el deber —paralelo al preexistente en caso de *laguna legal*— de comunicar al *Chef der Justiz* la supuesta oscuridad de la ley a fin de que se tuviera en cuenta, en su caso, en la futura legislación:

«Findet der Richter den Sinn des Gesetzes zweifelhaft, so liegt es ihm zwar ob, den vorliegenden Fall nach den allgemeinen Regeln wegen Auslegung der Gesetze zu entscheiden, und findet die Anfrage an die Gesetz-Commission während des Laufs des Prozesses nicht mehr statt. Er muss aber die vermeinte Dunkelheit des Gesetzes dem Chef der Justiz zum Behuf der künftigen Legislation anzeigen» (64). [«Si el juez encuentra que el sentido de la ley es dudoso, le incumbe decidir el caso de acuerdo con las reglas generales relativas a la interpretación de la ley y entonces ya no tiene lugar la consulta a la Comisión Legislativa durante el curso del proceso. Pero debe comunicar la presunta oscuridad de la ley al *Chef der Justiz* en atención a la futura legislación»].

FRIEDRICH KOCH, *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*. 6. Auflage. Berlin. F. Guttentag, 1874, I, 51 y ss. HEINRICH DERNBURG, *Die Allgemeinen Lehren und as Sachenrecht des Privatrechts Preussens und des Reichs*. 5. Auflage. Halle. Verlag der Buchhandlung des Waisenbange, 1894, 15. Todos ellos son manuales clásicos sobre el ALR tal y como éste texto legal era entendido durante el siglo XIX. Modernamente véase principalmente: CONRAD, *Richter und Gesetz* (n. 1), 17-18 y WAGNER, *Die Wissenschaft* (n. 1), 147.

(63) Las disposiciones citadas en la nota anterior, señala CONRAD, *Richter und Gesetz* (n. 1), 17, derogaron en el recurso a la Comisión Legislativa en el caso de la ley oscura o dudosa:

«weil, wie Friedrich Wilhelm III. erklärte, nicht einzusehen sei, 'warum die Richter nicht eben so gut zweifelhafte Gesetze sollen erklären können, wie sie Fälle entscheiden müssen, worüber es an einem Gesetze ganz er mangelt'».

(64) *Erster Anhang worin die bisher ergangenen Abänderungen und Ergänzungen des allgemeinen Landrechts verkürzt gesammelt sind*. Berlin. Bei G. C. Nauck. 1803.

Se ha dicho que el abandono de la regulación del recurso al legislador y la consiguiente derogación de la prohibición de interpretar el *casus dubius* suponía el triunfo del iusracionalismo y el reconocimiento del fracaso práctico de la doctrina de la voluntad del legislador (65). Pero en el caso del ALR la reforma manifiesta quizá sólo lo segundo; lo primero debe, en cambio, matizarse. La diferencia originaria de trato entre la interpretación (prohibida) de la ley positiva pero oscura y la integración (ordenada) de la laguna legal mediante la deducción de la regla aplicable a partir de los principios o mediante la analogía se justificaba únicamente en base a una fe iusracionalista. El que pocos años más tarde esa diferencia de trato se presente como incomprensible no parece ser mucho más que una manifestación de la creencia en que aquí procedía aplicar la vieja regla conforme a la cual quien puede lo más (integrar), puede lo menos (interpretar). Y eso es precisamente lo contrario de lo que Sávez había propuesto. Para él lo menos era deducir reglas desde los principios y lo más arriesgarse a violentar la voluntad del legislador.

#### 4. LA CODIFICACION CIVIL AUSTRIACA: DEL RECURSO AL LEGISLADOR A LOS PRINCIPIOS JURIDICOS NATURALES

En Austria el punto de partida para el análisis de las limitaciones legales a la interpretación judicial del *casus dubius* radica en el *Codex Theresianus* de 1766 (66). El *Codex* ordenaba atender a los *verba* de la ley despreciando su *sententia* consagrando con ello el canon de la interpretación literal. Mas luego daba entrada a la *analogía* para resolver las lagunas legales. La resolución del *casus dubius* correspondía al legislador (*Codex Theresianus*, I, cap. I, V, parágrafos 81 y ss.) (67).

(65) Esta es la tesis de LUKAS, *Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers* (n. 1), 425-426 y *passim*.

(66) Precedentes más antiguos en SPIEGEL, *Gesetz und Recht* (n. 1), 104-105, quien, con todo, inicia el análisis en la Ordenanza de los Tribunales de 1781 que se limita a sintetizar la prolífica regulación del *Codex*.

(67) El iter seguido en la elaboración del *Codex Theresianus* puede seguirse en Philipp. HARRAS RITTER VON HARRASOWSKY, *Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen. Hrsg. und mit Anmerkungen versehen von ... I. Wien. Druck und Verlag von Carl Gerold's Sohn*, 1883, 49 y ss.

En 1753 la Emperatriz nombró una Comisión (Comisión de Brünn o *Kompilationskommission*) para que reordenara y reformulara el derecho común teniendo en cuenta los distintos derechos territoriales de las Provincias Hereditarias de la Corona. El material elaborado por esta Comisión pasó luego a una segunda Comisión (Comisión de Wien o *Revisionskommision*) que pronto estuvo controlado por juristas muy relacionados con el romanismo tradicional (V. al respecto, TARELLO, *Storia* (n. 1), 250). La elaboración del *Codex* finalizó hacia 1766. Se ha dicho, con razón, que el *Codex Theresianus* fracasó principalmente porque los sucesivos compiladores del mismo no supieron formular un conjunto sintético de reglas que pudiera contraponerse con ventaja al derecho común que debía sustituir (TARELLO, *Ibidem*). De hecho, en 1772 se nombró otra Comisión ante el fracaso de un proyecto que parecía incomprensible, prolífico y desmesuradamente largo (WIEACKER, *Privatrechsgeschichte der Neuzeit* (n. 1), 336; CONRAD, *Deutsche Rechtsgeschichte*, II (n. 1), 391-392).

El nuevo ordenamiento que se proponía para la interpretación judicial venía a ser un reflejo en negativo de la regulación del *Derecho común* que el Codex pretendía sustituir. Eso es patente hasta en la propia terminología usada por el Codex. Así, la primera regla de interpretación se construía como un mandato general de interpretación literal:

«Jedermann ist an die ausdrückliche Worte Unserer Gesetzen in ihrem wahren und allgemein üblichen Verstand gebunden» (I, cap. I, V, 81). [«Todos están vinculados a las palabras textuales de nuestras leyes en su verdadero y general entendimiento común»].

Y éste venía seguido por una expresa negación de la tradición romanista en la materia: si la doctrina de la interpretación del Derecho común se basaba en la distinción entre *verba* y *sententia legum*, el Codex, en cambio, prohibía que, so pretexto de esa distinción, cuya llegara a establecer una *extensio* o *restrictio verborum*:

«Niemandem ist dahero gestattet, sich einer rechtskräftigen Ausdeutung Unserer Gesetzen auszumachen, noch unter dem Vorwand eines Unterschieds zwischen den Worten und dem Sinne des Gesetzes solche auf einerlei Weise zu erweitern oder einzuschränken» (I, cap. I, V, 81) (68). [«Por ello a nadie le está permitido formular una interpretación

(68) Las notas de Harrasowsky al precepto citado (*Der Codex Theresianus* (n. 67), 49 y ss.) explican la génesis de esta disposición a partir de la tradición romanista.

Los miembros de la Kompilationskommission eran peritos en los distintos derechos territoriales y conocían que una interpretación con valor general y necesario correspondía, conforme a esta tradición, sólo al legislador (interpretación auténtica). Pese a ello añadían que el juez podía decidir «ex mente vel ratione legis» (Azzoni), que no tenía porqué limitarse a la «verba legum» —Worte—, sino que podía tratar de desentrañar la *sententia legis* —Sinn des Gesetzes— recurriendo para ello a los motivos de la ley, a la analogía, a la doctrina o a la equidad natural (Holger, Waldstetten). Otros señalaban que el recurso a la opinión de los doctores valía para el derecho común pero no para los derechos particulares (Thinnfeld). Sobre estas premisas, los compiladores se decidieron por reforzar la doctrina tradicional de la interpretación auténtica, marginaron a la doctrina de los doctores y a la analogía e instituyeron el recurso al legislador ante el «casus dubius».

En cambio, conservaron la distinción entre *verba* y *sentencia*: el juez podía ir más allá de la interpretación literal y tratar de averiguar la «*sententia legis*». Naturalmente ello suponía dar entrada a toda la vieja doctrina de la interpretación que se había pretendido restringir.

Fue la Revisionskommission la que rechazó esta última distinción «Von der Voraussetzung aus gehend, dass die Redaktionen des Gesetzes ... so beschaffen sein wurde, dass Wortlaut und Sinn des Gesetzes sich decken...» (HARRASOWSKY, *Ibid.* 51).

Ante la eventualidad de que, dada la «*Verschiedenheit der menschlichen Auffassung* ... man könne in jeden einzelnen Processe Zweifel über die Auslegung eines Gesetzes rege machen» (*Ibid.*), la Comisión suprimió la distinción o, mejor dicho, se refirió a ella solamente para prohibir que fuera utilizada en la interpretación de la ley.

de nuestras leyes jurídicamente vinculante, ni ampliarlas o limitarlas de igual manera bajo el pretexto de una distinción entre las palabras y el sentido de la ley»].

La regla se repite a continuación para dos casos más que tampoco pueden servir de pretexto al juez para apartarse del *casus clarus*, del texto preciso de la ley; ni la *equidad natural* ni la *costumbre* (a las que no se remita la ley) son excusas válidas para oscurecer el sentido del mandato legal:

«Wir verbieten auch allen Richter, unter dem nichtigen Vorwand einer von der Schärfe der Rechten unterschiedenen Billigkeit von der klaren Vorschriften Unserer Gesetzen abzugeben» (Ibid., 82) (69). [«Igualmente prohibimos a todos los jueces apartarse de los preceptos claros de nuestras leyes bajo el nulo pretexto de diferenciar entre equidad y Derecho estricto»].

«Nicht weniger solle alle Ausdeutung und Erweiterung oder Einschränkung Unserer Gesetzen durch Gewohnheiten ausser dem Fall, wo das Gesetz sich auf wohl hergebrachte Landesverfassungen, Gebräuche und Gewohnheiten ausdrücklich bezieht, je und allzeit verboten, ungräflich und nichtig sein, und vielmehr die Vorschützung solcher unstandhafter Gewohnheiten wider die klare und buchstäbliche Vorschrift der Gesetzen nach richterlichen Ermessen bestrafet werden» (Ibid., 83). [«No menos debe ser prohibida, inválida y nula en todo tiempo cualquier declaración, ampliación o restricción de nuestras leyes a través de las costumbres, fuera del caso en que la ley se refiriera a usos, costumbres y constituciones territoriales correctamente recibidos y aún más debe ser sancionada según arbitrio judicial la alegación de semejantes costumbres cambiantes cuando son contrarias al tenor claro y literal del precepto legal»].

Frente al *casus dubius* el juez deberá recurrir al legislador:

«Woferne aber dem Richter ein Zweifel vorfiele, ob ein vorkommender Fall in dem Gesetz begriffen seie oder nicht, oder da ihm das Gesetz selbst dunkel schiene, oder ganz besondere und sehr erhebliche Bedenken der Beobachtung des Gesetzes entgegenstünden, so ist die massgebige Erklärung des Gesetzes allemal bei Uns anzusuchen» (Ibid., 84). [«Pero en la medida en que el juez dudara si el caso está o no conceptuado en la ley o que la misma ley le pareciera

(69): «Dem Richter hingegen ist nicht verwehret in jenen Fällen auf die natürliche Billigkeit nach vernünftigen Ermessen zu sehen, in welchen er durch Unsere Gesetze dahin angewiesen wird, die Umstände der Person, der Sache, des Orts, der Zeit, der Ursache, der Zuthat oder Weise, der Absicht und Meinung, der Gefährde oder Schuld nach der natürlichen Billigkeit zu beurtheilen.» (parágrafo 87).

oscura o que obstáculos muy especiales y considerables impidieran la observancia de la ley, entonces debe siempre solicitar de Nos la oportuna explicación de la ley»].

Pero la regla tiene una importante e incontrolable limitación: *la analogía*. Y el propio texto que ordenaba acudir a la analogía (el parágrafo 85) explicaba que ello estaba justificado para evitar la acumulación de consultas al legislador por más que el texto extralimitara las precauciones al respecto (70). La preocupación casi obsesiva de los redactores del texto era salvaguardar la voluntad expresada del legislador. Mas en ausencia de ley, la analogía no se consideraba peligrosa; no se pretendía paralizar la administración de justicia ante la falta de normativa legal sino que se quería garantizar el cumplimiento estricto de los mandatos legales.

La evolución posterior comprende dos bases bien definidas:

a) Los textos inmediatamente posteriores se limitarán a recoger y refundir las disposiciones del *Codex Theresianus* despojándolo de su carga literaria y libresca pero sin introducir innovaciones de fondo.

El Codex influirá en dos direcciones:

a.1.) Por una parte la *Allgemeine Gerichtsordnung* de 1781 (*Patent* de 1-5-1781) (71) reformuló en un sólo artículo —el 437— el contenido del Codex: El juez debía proceder «conforme al entendimiento verdadero y general de las palabras de esta ley» sin poder apartarse bajo ningún pretexto imaginable o so capa de equidad o distinguiendo entre las palabras y sentido de la ley del «claro mandato de esta Ordenanza de los Tribunales». Unicamente en defecto de ley cabía acudir

(70): «Damit Wir jedoch nicht ohne Noth mit Belehrungen über den Verstand unserer Gesetzen behelligt werden, so gestatten und wollen Wir gnädigst, dass, wann entweder ein bei Gericht anhänger, in dem Gesetz nich wörtlich ausgedrückter Fall in allen fürwaltenden Umständen und in der ganzen Beschaffenheit der Sache mit einem in dem Gesetz ausdrücklich entschiedenen Fall vollkommen übereinstimme und somit die Bewandtniss beider Fällen einerlei wäre, oder Unsere höchste Willensmeinung aus der in dem Gesetze klar ausgedrückten Ursache, dass Wir alle nicht buchstäblich berührte Fälle von der nämlichen Beschaffenheit gleichfalls unter dem Gesetz begriffen haben wollen, offenbar erhellte, der Richter sodann ohne fernerer Anfrage oder Anstand möge und solle» (parágrafo 85).

Difícilmente se encontrará en la historia de la codificación un artículo ordenando la aplicación de la analogía rodeado de semejante fárrago de cautelas.

Didácticamente, el parágrafo siguiente, el 86, explicaba aún el fundamento de la disposición anterior:

«Dann Wo einerlei der Sache Beschaffenheit ist, da muss einerlei Recht sein.»...

(71) *Allgemeine Gerichtsordnung für Böhmen, Mähren, Schlesien, Österreich ob. und unter der Enns, Steyermarkt, Kärnten, Krain, Görz, Gnadiska, Triest, Tyrol, und die Vorlanden*. Wien, gedruckt bey Johann Thomas Edlen von Trattner. 1781.

a la analogía. Pero el *casus dubius*, el defecto de la ley debía ser objeto de consulta (72).

a.2.) Pocos años después el Código josefino de 1786 (*Josephinischs Gesetzbuch* o *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) (73) reiteraba los mismos criterios (74).

b) Pero por razones, al parecer prácticas (75), la institución del recurso al legislador tuvo en Austria una vigencia casi tan efímera como en Prusia. El parágrafo 2.<sup>o</sup> de la *Abänderung Patent* de 22-2-1791 marginó casi totalmente la *Anfrage bei Hof*: si el caso no era subsu-

(72) El texto literal del parágrafo 437 de la *Allgemeine Gerichtsordnung*, dice:

«Die Richter sollen verfahren, und sprechen nach dem wahren, und allgemeinen Verstande der Worte dieses Gesetzes, und unter keinem erdenklichen Vorwande eines Unterschiedes zwischen den Worten, und dem Sinne des Gesetzes, einer von der Schärfe der Rechte unterschiedenen Billigkeit, oder eines widrigen Gebrauchs u. b. g. von der klaren Vorschrift dieser Gerichtsordnung abweichen; nur dann, wenn ein Fall ihm vorkäme, der zwar in dieser Gerichtsordnung nicht entschieden wäre, aber mit einem andern in selber entschiedenen Falle eine vollkommene Aehnlichkeit hätte, ist dem Richter gestattet, den nicht ausgedrückten Fall nach jener Vorschrift zu entscheiden, die für den ausgedrückten Fall bestimmt ist; sollte aber über den Verstand des Gesetzes ein gegründeter Zweifel vorfallen, so wird solcher nach Hof anzuseigen, und die Entschliessung darüber einzuholen seyn; würde aber ein Richter die Streitsachen wider diese Ordnung verzögern, oder die Partheyen sonst beschwernen, so hätte er für allen Schaden zu haften.»

(73) El llamado proyecto Horten. Su primera parte fue aprobada por Patent de 1-11-1786. Las citas se hacen por: *Systematisch-chronologische Sammlung aller jener Gesetze, und aller höchsten Verordnungen, die von ältesten Zeitenher bis auf 1792 für die vord. östr. Lande erlassen worden sind, und itzt noch bestehen*. Hrsg. von Joseph Detzrek. 1. Abtheilung. *Politisch-bürgerliche Gesetze. 1. Band.* Freyburg im Breisgau, 1792.

(74) El parágrafo 24 señalaba que las leyes debían ser siempre «nach dem eigenen, und allgemeinen Verstande der Worte zu Nehemen». Nadie está legitimado para realizar una interpretación con fuerza de ley ni a ampliar o restringir (erweitern, einschränken) el texto de la ley bajo pretexto de una distinción entre las palabras y el sentido de la ley (Unterschied zwischen den Worten und dem Sinne der Gesetze). Tampoco puede el juez apartarse del mandato claro de la ley (von der klaren Vorschrifte der Gesetze) so pretexto de un juicio de equidad, salvo que el legislador, en atención a determinadas circunstancias, se lo haya permitido expresamente.

El parágrafo 26 regulaba el recurso al legislador ante el *casus dubius*. Pero su segunda parte permitía el uso de la analogía en defecto de ley;

«Wenn dem Richter ein Zweifel vorfiele: ob ein vorkommender Fall in dem Gesetze begriffen sey, oder nicht?, wenn ihm das Gesetz dunkel schiene, oder falls besondere, und sehr erhebliche Bedenken der Beobachtung desselben entgegenstünden, soll die Belehrung allzeit von dem Landesfürsten gesucht werden. Aber wenn ein Fall zwar nicht wörtlich in den Gesetze ausgedrückt, jedoch in dem Umständen, und der ganzen Beschaffenheit der Sache mit einem ausdrücklich entschiedenen Falle vollkommen gleich wäre, so ist zwar dem Richter, dem unentschiedenen Fall nach dem entschiedenen zu beurtheilen gestattet; doch soll ein solcher Fall jedesmal dem Landesfürsten angezeigt werden.»

(75) SPIEGEL, *Gesetz und Recht* (n. 1), 113-115.

mible en las palabras de la ley, el juez debía investigar el concepto y sentido de la ley, acudir a la analogía y recurrir por último a los *principios generales* y a las *finalidades* manifiestos en la ley. Sólo tras todo eso y si el juez seguía encontrándose con inconvenientes especialmente graves, debía suspender la decisión y proceder a la consulta (76).

Finalmente, tanto el *primer Proyecto Martini* de 1793 como el *Urentwurf* o *Westgalizisches Gesetzbuch* de 1797, ambos coincidentes en este punto (77), no se ocupaban del tema: a un mandato inicial aparentemente rígido de interpretación literal seguían los ya habituales paraphernalia del contexto, intención del legislador, analogía y, por último, los *principios jurídicos generales y naturales* que ahora aparecían con mayor claridad que en el proyecto anterior: Los principios cerraban aquí el conjunto de reglas sobre la interpretación judicial y, en la práctica, suponían el abandono de la vieja distinción entre el *casus clarus* y el *casus dubius* a efectos del recurso al legislador (78).

El famoso parágrafo 7 del Código civil austriaco de 1811 (ABGB) recogería directamente esta tradición en su alusión a los *natürliche Rechtsgrundsätze*. El ABGB incluye solamente tres reglas sobre la interpretación en general. Según la primera, parágrafo 6 (79), las leyes

(76) Literalmente:

«Anstatt des sechs und zwanzigsten Absatzes des ersten Haupstückes, welcher hiermit aufgehoben wird, verordnen Wir: dass der Richter, wenn er einen vorkommenden Fall nicht in den Worten des Gesetzes entschieden fände, auf den zusammenstimmenden Begriff und Sinn desselben, auf gleichförmige darin ausgedrückte Fälle, auf die aus der Verbindung der Gesetze sich darstellenden Grundsätze und Absichten sehen, und den Fall nach derselben Massgebung beurtheilen soll. Ständen der Beobachtung des Gesetzes besondere, und sehr erhebliche Bedenken entgegen, so wäre die Belehrung bey Hof anzusuchen.»

(77) Para el primer Proyecto Martini v. HARRASOWSKY, *Der Codex Theresianus* (n. 67). Band 5. Para el *Urentwurf* v. Julius OFNER (hrsg.), *Der Urentwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, I, Band, Wien, Alfred Hölder, 1889. Se cita aquí esta edición.

(78) Parágrafo 18:

«Einem Gesetze darf in der Auslegung und Anwendung kein anderer Sinn beigelegt werden, als der, welcher nach den Regeln der Sprache aus der eigentümlichen Bedeutung der Worte, und ihres Zusammenhangs, oder auch aus der klaren Absicht des Gesetzgebers deutlich hervorleuchtet.»

Parágrafo 19:

«Findet aber der Richter einen Rechtsfall durch die Worte des Gesetzes nicht geradezu entschieden, so muss er in seinem Urteile auf den natürlichen Sinn des Gesetzes, er muss ferner auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze, und auf ähnliche im Gesetze bestimmte entschiedene Fälle Rücksicht nehmen: bleibt ihm der Rechtsfall nach allem diesem noch zweifelhaft, so muss er ihn mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten, und reiflich erwogenen Sachumstände nach den allgemeinen und natürlichen Rechtsgrundsätzen entscheiden.»

Sobre el tema v. SCHOTT, «*Rechtsgrundsätze*» (n. 1), 29, 30.

(79) Parágrafo 6:

«(Allgemeine Regel) Einem Gesetze darf in der Anwendung kein

se interpretan (por el juez) según el *significado propio de las palabras*, en su contexto y conforme a la *intención del legislador*. Dos cánones de interpretación cuyo sentido originario es el mismo que se vio al analizar el ALR prusiano: interpretación literal moderada por referencia al contexto y doctrina de la voluntad del legislador. Conforme a la segunda regla, parágrafo 7 (80), si el caso no se puede decidir ni por las *palabras* ni por el *sentido natural de la ley*, hay que acudir a la *analogía*. Pero si, a pesar de todo ello, el caso continúa siendo dudoso, se recurrirá a los *principios jurídicos naturales*.

Las última regla, parágrafo 8 ABGB (81), reproduce una vieja regla heredada de la tradición del Derecho común y entendida de la misma forma que en el marco de aquélla: sólo al legislador compete la *interpretatio necessaria et generalis* (interpretación auténtica).

De las tres reglas interesa aquí la segunda. Pese a que su enunciado alude a dos criterios de interpretación judicial (*Analogie, natürliche Rechtsgrundsätze*), de hecho incluía uno más: el parágrafo 7 del ABGB comenzaba distinguiendo entre las palabras (*Wörter, verba*) y el sentido (*Sinn, sententia*) de la ley. En el fondo esta distinción destruía el canon de la interpretación literal proclamado por el parágrafo 6 permitiendo la reproducción de la vieja dialéctica entre *verba* y *sententia legum*. El cambio en relación al literalismo de mediados de siglo anterior —recuérdese la expresa prohibición de referirse al *Sinn des Gesetzes* del *Codex Theresianus*— es radical.

La referencia a la analogía está, por el contrario, en la línea de los proyectos anteriores y la alusión final a los *principios o proposiciones jurídicas naturales* constituía la última fase de una evolución que, como en Prusia, había sido bastante rápida y que había llevado a la supresión de la regulación del recurso al legislador.

El entendimiento originario de la expresión «natürliche Rechtsgrundsätze» no plantea problemas. En los Comentarios al Código que

---

anderer Verstand beigelegt werden, als welcher aus der eigentümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht der Gesetzgebers hervorleuchtet.»

(80) Parágrafo 7:

«(Analogie; natürliche Rechtsgrundsätze) Lässt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muss auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt enschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muss solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.»

(81) Parágrafo 8:

«(Authentische Auslegung) Nur dem Gesetzgeber steht die Macht zu, ein Gesetz auf eine allgemein verbindliche Art zu erklären. Eine solche Erklärung muss auf alle noch zu entscheidende Rechtsfälle angewendet werden, dafern der Gesetzgeber nicht hinzufügt, dass seine Erklärung bei Entscheidung solcher Rechtsfälle, welche die vor der Erklärung unternommenen Handlungen und angesprochenen Rechte zum Gegenstande haben, nicht bezogen werde solle.»

Zeiller comenzó a publicar en el mismo año de su aprobación se explica con claridad que se entendía al respecto (82):

La premisa de la que Zeiller partía era una afirmación sobre la inevitable incompletud (en el sentido antes visto en relación al ALR) del Código; dado que no se puede exigir de un Código civil («Zivil-Codex») que sea completo como en cambio lo es un sistema de Derecho natural (83), el legislador positivo tiene que poner a la disposición del juez la posibilidad de decidir en última instancia a partir de los principios jurídicos naturales, es decir, *de la Filosofía del Derecho, del Derecho natural* («Philosophie des Rechts», «Naturrecht» afirma explícitamente Zeiller). Esta fuente, concluía el autor, tiene dos propiedades:

I) *Es inagotable*: «Diese Quelle ist unversiegbar, weil jede Frage, die inner dem Gebiete der (rechtlichen) Vernunft liegt, auch von ihr (als dem Vermögen der Prinzipien) beurteilt und aufgelöst werden kann...» [«Esta fuente es inagotable porque cualquier cuestión que se plantea dentro del ámbito de la Razón puede ser juzgada y resuelta a partir de ella (así como del caudal de los principios)»] (84).

II) *Pero es sólo subsidiaria*: «Der Vernunft-Codex soll nur ein subsidiärer sein, wo der bürgerliche Codex schlechterdings nicht ausreicht...» [«El Código Racional es sólo subsidiario, aplicable a los casos que en manera alguna cubre el Código civil»] (85).

De la interpretación se había pasado a las fuentes del derecho.

## 5. EPILOGO: DE LOS PRINCIPIOS JURIDICOS NATURALES A LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Es sabido que, aunque absolutamente destextualizada, esta tradición cultural llegaría al Código civil español de 1889 vía la codificación italiana (86).

(82) Franz EDLEN von ZEILLER, *Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*. Band I. Wien und Triest. Zu beistigers Verlagsbuchhandlung, 1811, 65 y ss.

(83) «Weil man von einen Civil-Codex nicht verlangen kann, dass er; gleich einem Systeme des natürlichen Privatrechts, alle Rechtsgrundsätze, und noch minder, dass er alle daraus ableitbaren Rechte enthalten werden soll...» *Ibidem*.

(84) *Ibidem*.

(85) *Ibidem*. Para la doctrina de las fuentes del derecho que profesaba Zeiller debe verse: Heinz MOHNHAUPT, *Zeillers Rechtsquellenverständnis*. En: Walter SELB y Herbert HOFMEISTER, *Forschungsband Franz von Zeiller (1751-1828). Beiträge zur Gesetzgebungs- und Wissenschaftsgeschichte. Im Auftrag der Vorstandes der Wiener Rechtsgeschichtlichen Gesellschaft*. Hrsg. von... Wien - Graz - Köln. Hermann Böhlaus Nachfolg, 1980, págs. 167 y ss.

(86) En la Italia preunitaria de la Restauración, el Código austriaco regía directamente en el Lombardo-Veneto. La referencia a los *principi generali di diritto* aparece por primera vez en el *Codice Civile per gli Stati del Re di Sardegna de 1837* (Carlo Alberto, 1831-1849; de ahí el nombre, por el que es más conocido, de *Codice Albertino*. En España es común la denominación —por influencia de García Goyena, entre otros— de *Código sardo*).

En la redacción actual del Título Preliminar del Código civil las referencias a la analogía y a los principios generales están convenientemente repartidas en los capítulos del mismo dedicados respectivamente a la aplicación de las normas jurídicas, es decir, a la interpretación judicial y a las fuentes del derecho (arts. 1 y 4 C. c.). Pese a que siempre se ha tenido claro conocimiento de su origen histórico, los principios son siempre entendidos por la doctrina un poco pro domo sua y otro poco en función de las orientaciones culturales dominantes en cada momento en la Dogmática civil (87). Eso explica la división y creciente escepticismo de los autores a la hora de caracterizar las reglas del Código que aluden a los principios generales, reglas éstas sobre las que se ha dicho casi todo lo imaginable. Aquí se tratará solamente de un tema que viene sugerido por aquel origen histórico y que quizá contribuya a reducir en alguna medida el alcance que

El artículo 14 del Código Albertino es una traducción del parágrafo 6 ABGB; el 16 es una paráfrasis del 8 ABGB, a la que se añade significativamente una disposición sobre el recurso al legislador (los magistrados supremos —viene a decir— pueden transmitir al rey su opinión sobre la necesidad de interpretar auténticamente la ley. La interpretación real, caso de producirse, tendrá forma y vigor de ley, pero no será retroactiva). El art. 15, que es aquí el que más interesa, dice literalmente:

«Qualora una controversia non si possa decidere nè dalla parola, nè dal senso naturale della legge, si avrà riguardo ai casi consimili precisamente dalle leggi decisi, ed ai fondamenti di altre leggi analoghe: rimanendo nondimeno el caso dubbioso, dovrà decidersi secondo i principii generali di diritto, avuto riguardo a tutte le circonstanze del caso.»

La cita se hace de: *Collezione completa dei moderni Codici Civili degli Stati d'Italia secondo l'ordine della loro pubblicazione*. Torino, Libreria della Minerva Subalpina di PP. Giuseppe Vaccarino, 1845, 591.

El cambio terminológico en relación al original austriaco parece relacionarse con un cambio sustancial en el entendimiento de los principios: El Senado del Piamonte había observado sobre el artículo 7 del ABGB que, en defecto de ley, el juez decide, según los principios que se encuentran en el cuerpo de las leyes y la disciplina que lo rige e informa. (Gorla, «I precedenti» (n. 7), 127-128, nota 33 y allí más datos).

Posteriormente el art. 3.2 de las Disposiciones Preliminares del Código civil italiano de 1865 recogió la referencia a los principios y, de ahí, pasó al incompleto proyecto español de 1869 y al Código civil español de 1889.

(87) Un buen resumen de la evolución en la doctrina austriaca puede verse en SCHOTT, «*Rechtsgrundsätze*» (n. 1), Cap. XIV. *Passim*. Para Italia véase NORBERTO BOBBIO, *Voz Principi generali di diritto*. En *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Torino, U.E.T., 1966, 887 y ss. En España el análisis clásico lo realizó Felipe Clemente de Diego en una serie de artículos publicados a partir del número fundacional de la *Revista de Derecho Privado*: «La función jurisdiccional de los jueces y la aplicación del derecho en general (1)». *Ibidem*, 73 y ss.; «Las fuentes del Derecho civil común en general, según el Código civil español», III, 1915, 33 y ss.; «El método en la aplicación del Derecho civil». *Ibidem*, 258 y ss.; «El método en la aplicación del Derecho civil. Los principios generales del derecho», IV, 1916, 285 y ss.

En la civilística española contemporánea la obra de referencia sigue siendo FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España. Parte General*, I, Madrid. Instituto de Estudios Políticos, 1955, 448 y ss. Más bibliografía en José Luis DE LOS MOZOS, *Derecho Civil español*, I, *Parte General*. Vol. 1. *Introducción al Derecho Civil*. Salamanca, Imprenta Kadmos, 1977, 477 y ss.

tradicionalmente se concede a los principios en sede de fuentes del derecho: la relación entre la normativa sobre éstas y la relativa a la interpretación.

La doctrina hoy dominante en España sostiene que las reglas del Código civil sobre la interpretación de las normas jurídicas carecen de carácter normativo (88). «Los criterios de interpretación», se dice, «son reglas que no pueden quedar sometidas a normas jurídicas» (89). O bien: «Será la doctrina jurídica la que con más o menos cuidado señale que para realizar la tarea interpretativa se han de utilizar ciertos elementos» (90), pero no la ley, se sobreentiende.

Subyace a esta concepción la profunda influencia que en la dogmática contemporánea ha ejercido la enseñanza de Savigny: la genuina interpretación es la *interpretación doctrinal* y los criterios de interpre-

(88) Federico DE CASTRO Y BRAVO, *Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley* (Consideraciones en torno al artículo 3.º, apartado 1, del Código civil). *Anuario de Derecho Civil*, XXX, 1977, 809 y ss.

(89) Luis DÍEZ-PICAZO-Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Volumen I. Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica*, 4.ª edición. Madrid, Tecnos, 1981, 198. Los autores añeden:

«... el intérprete que interpreta mal no infringe el artículo 3.º C. c. ni podrá por esta razón ser sancionado. Infringirá únicamente, en su caso, la norma mal interpretada, y si lo hiciere dolosamente o con negligencia inexcusable incidirá en prevaricación.»

(90) CASTRO, «Naturaleza de las reglas para la interpretación». (n. 88), 826.

«... la interpretación que en teoría corresponde a la norma, es... un límite insalvable... dentro del que el Tribunal hace lo que cree más justo... De ahí los frecuentes cambios de jurisprudencia y los frecuentes *destrozos científicos* que las sentencias hacen en la *teoría del Derecho...*». Manuel ALBALADEJO, *Derecho Civil. I. Introducción y Parte General. Volumen primero. Introducción y Derecho de la Persona*, 9.ª edición. Barcelona, Librería Bosch, 1983, 155 (la cursiva es del autor): los puntos de referencia son, pues, la doctrina científica y la práctica jurisprudencial, pero no aparece la normativa sobre la interpretación.

Otros señalan que: «... los artículos 3 y 4 del C. c.... nada añaden que sea esencial...», limitándose «... testimoniar el sentimiento o aceptación de algo que era conforme a la tradición jurídica y a la 'conciencia legal'...». Mozos, *Derecho Civil Español* (n. 87), 537. V. además 553 y ss.

Aun entre quienes no niegan explícitamente el carácter normativo del artículo 3.1. C. c. se encuentran afirmaciones que suponen que el artículo en cuestión enuncia, más que una norma, una mera hipótesis, una solución a un problema que puede ser criticada en términos de verdad o falsedad: «Para el problema de la interpretación de la norma... contiene el Código una solución expresa (al menos, un intento de solución) al disponer en su artículo 3.º 1, que...» (sigue el enunciado del artículo). José Luis LACRUZ BERDEJO, *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho*, Barcelona, Librería Bosch, 1980, 56. Desde una posición más matizada, otros afirman que el artículo 3.1. C. c. «... no hace más que dar expresión legal a algo que ya el Tribunal Supremo venía practicando al amparo de la libertad de interpretación del sistema anterior....» Manuel GARCÍA AMIGO, *Instituciones de Derecho Civil. I. Parte General*, Madrid, EDERSA, 1979, 191. Cfr. por último, José Luis LACRUZ BERDEJO, Francisco de Asís SANCHÓN REBULLIDA, Agustín LUNA SERRANO, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General del Derecho Civil. Volumen primero. Introducción*. Barcelona. Librería Bosch, 1982, 235 y ss., donde se sintetiza la opinión matizadamente favorable al carácter imperativo del artículo 3.1 C. c.

tación son irreducibles a *reglas*, cosa que a su vez se entiende equívoca y alternativamente como irreducibilidad a teoría y a norma (91).

Por ello no puede dejar de sorprender que no se hayan seguido las enseñanzas de la Escuela Histórica a la hora de caracterizar los principios generales del Derecho y más aún si se paran mientes en el hecho de que históricamente la cuestión de los principios surge en sede de interpretación (92). De hecho, la *desnortativización* de la regla sobre los principios jurídicos naturales fue proclamada en Austria precisamente por el más destacado representante austriaco de la Escuela, Joseph Unger, quien, tras afirmar la suficiencia de la analogía para garantizar la completud del sistema codificado, concluía:

«... in der Ausstellung des Naturrechts im 7 des bürgerl. Gesetzb. ist nichts anderes als die Befriedigung eines rein theoretischen Dranges der Verfasser des bürgerl. Gesetzbuches zu sehen...» (93). [«En la referencia al Derecho natural del parágrafo 7 del Código civil, sólo hay que ver la satisfacción de un prurito puramente teórico de los autores del Código civil...»].

Conviene tener en cuenta la enseñanza de Unger, sobre todo si se piensa en lo que se ha dicho y continúa diciéndose sobre los principios

(91) Además de ello, la mayor parte de la manualística civil española reproduce los cuatro elementos de la interpretación de Savigny, acentuando, eso sí, algunos un canon antisavigniano: la interpretación lógica (ahora llamada en España «teleológica» o añadiendo otros el llamado «elemento sociológico». Cfr. las obras citadas en la nota anterior.

(92) En contra de una explicación histórica de la cuestión, CASTRO, *Derecho Civil de España* (n. 87), 463:

«Habrá influido el ejemplo extranjero para llevar al Código...» la fórmula del artículo 6 C. c., 1889, «... pero el pensamiento, e incluso la fórmula, son propios del Derecho tradicional español...». En realidad el «pensamiento» y la «fórmula» son impensables fuera del fenómeno histórico de la Codificación. Con todo, subyace en la opinión considerada una suposición sobre la que no es fácil discrepar: la idea de que los juristas siempre han argumentado de la misma manera, siempre han dicho las cosas de forma similar. En ese sentido, el razonamiento jurídico no es hoy sustancialmente distinto de lo que era en el siglo XVIII o en el XIII. Un ejemplo se puede encontrar comparando el Comentario al ABGB de Zeiller con un pasaje de la obra de Castro: Aquél decía, al hablar de los principios jurídicos naturales, del Código de la Razón, que era una fuente inagotable (unversiegbare Quelle) en defecto de ley positiva (ein subsidiärer Codex). éste constatará siglo y medio después:

«Este valor de la razón natural como fuente inagotable de normas, en defecto de disposiciones legales, será reconocido siempre...» (p. 462).

(93) Joseph UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Erster Band.* 5. Auflage (1.ª edición: 1856). Leipzig, Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, 1892, 71. Más datos en Stanislaus DNIETRZANSKI, *Die natürlichen Rechtsgrundsätze (7 ABGB)*. En: *Festschrift für Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches. 1. Juni 1911*. Wien, Manzsche K.U.K. Hof-Verlags-U. Universitäts-Buchhandlung, 1911, II, 2 y ss., y MORIZ WELLSPACHER, *Das Naturrecht und das ABGB*. *Ibidem*, I, 172 y ss.

Hacia el final de su carrera Unger negó la suficiencia de la analogía para garantizar la completud del derecho, pero sólo para reconocer al juez capacidad para resolver, en última instancia, «*praeter legem*» (SCHOTT, «*Rechtsgrundsätze*» (n. 1), 100.

generales del Derecho. Aun limitándose a leer el Código civil español, puede fácilmente comprobarse que el texto legal se limita a recoger buena parte de las propuestas doctrinales sobre el concepto de principios generales del Derecho pero, eso sí, sin que haya modo humano de saber a ciencia cierta cuáles son las entidades referidas por esta expresión:

Por un lado parece que no son normas, es más, que no son Derecho sino propiedades del Derecho («... principios ... del Derecho», art. 1.1) o entidades que están en cierta relación con el ordenamiento jurídico (relación de «información»: «... carácter informador del ordenamiento...», art. 1.4) sin identificarse con él (o, por lo menos, con parte de él: de lo contrario se informarían a sí mismos, se autoinformarían, art. 1.4).

Pero por otro lado parecen ser normas («Los principios ... se aplicarán...» dice el art. 1.4. Lo que el juez aplica son normas jurídicas según el Código civil: Capítulo II del Título Preliminar: «Aplicación de las normas jurídicas». Título Preliminar del Código civil: «De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia» y cfr. art. 1.6 Código civil). Recuérdese además que la traducción española más fiel de 'Rechtsgrundzatz' no es 'principio jurídico' sino 'proposición jurídica fundamental' (como, paralelamente, 'Rechtssatz' es 'proposición jurídica' y no 'principio jurídico'). La práctica, en este sentido, de oponer principios a normas (no ajena por supuesto a la propia cultura jurídica alemana: cfr. la famosa monografía sobre los principios de Josef Esser) es hasta cierto punto viciosa.

O quizá se puede suponer que no son normas o, por lo menos, que no son normas formuladas pero que son Derecho (si se concede que el juez aplica el Derecho. Disposición Transitoria 13 del C. c.: «Los casos no comprendidos directamente en las disposiciones anteriores, se resolverán aplicando los principios que les sirven de fundamento»).

La confusión no para ahí. El lector del primer apartado del artículo 1 del Código civil está tentado a afirmar que una de las fuentes del ordenamiento jurídico español son los principios generales del Derecho. De hecho es cierto que la expresión 'principios generales del Derecho' es responsabilidad histórica de la cultura civilista y también lo es que ha sido exportada, como tantas otras, a otras ramas del Derecho. Pero hay algunas de éstas, por ejemplo, el Derecho penal cuyo principio más notable —el de legalidad— consiste precisamente en negar los principios —no son fuente—. En alguna otra, por ejemplo en el Derecho constitucional, se supone el principio de legalidad de manera diferente (art. 9.3 Constitución). Es más, en la propia Constitución, algunos principios existen pero el Derecho todavía no existe (art. 53.3 Const.) y por eso no resultan directamente aplicables como derecho que es cabalmente lo contrario de lo que se señala sobre el artículo 1.4 Código civil (aplicabilidad de los principios en defecto de ley).

'Principios generales del Derecho' es una expresión legal introducida por el legislador de 1889 y reproducida por el de 1974 pero ni es

claro su sentido ni se indica cuál puede ser su referencia. En el propio Código la expresión se va utilizando en sentidos distintos presuponiéndose concepciones también distintas —y a veces contradictorias— del Derecho, pero siempre sin que se sepa qué entidades sean los principios (94). A esa última pregunta responde sin embargo la doctrina. Pero de modos absolutamente diversos.

En efecto, en la práctica del último siglo la dilucidación del concepto de principios generales del Derecho y la indicación de las entidades que constituyen su referencia va siendo la obra de los autores y no de los legisladores civiles. En ese orden de ideas la doctrina ha aludido sucesiva o cumulativamente a distintas entidades, reales o imaginarias, cualificadas por las más disparatadas propiedades: Además de las alusiones tradicionales a *lo natural* (derecho, razón) o a *la naturaleza* (de las cosas), se ha indicado que los principios se refieren al *pueblo* (la conciencia colectiva; la conciencia jurídica fundamental de la colectividad interpretada, habitualmente, por los juristas), a *la ley* (sus rasgos o propiedades fundamentales), al *Estado* (principios del ordenamiento estatal), al *legislador* (su voluntad real o hipotética, también interpretada o desentrañada por los juristas; de lo contrario, si quien lo hace es el propio legislador, se habla de interpretación auténtica o de nueva legislación), al *juez* (autónomamente o en funciones de legislador recogiendo alguna de las opiniones anteriores), al *jurista* (una de cuyas principales funciones es, se dice, descubrir o, en en último término, construir y reconstruir los principios del sistema).

También se encuentran alusiones a *la norma fundamental* (las normas constitucionales o algunas de ellas) o *al fundamento de la norma* (su *ratio*, su fundamento, causa eficiente o final); a *las normas más generales* (la Constitución nuevamente; las leyes-medida en Derecho administrativo; el Código civil en Derecho privado. No otros: los derechos llamados forales, se ha dicho insistente, carecen de todo principio) o a *lo más general de las normas* (abstracción doctrinal de características comunes a todas las normas o a ciertos grupos de ellas, instituciones. Asombrosamente se sigue discutiendo sobre si las características inducidas son o no normas: Para algunos lo que se dice sobre ciertas cosas incrementa el número de cosas sobre las que se habla); a los *intereses, ideas, valores* (dominantes, informadoras y fundamentales, respectivamente. No siempre se indica de quién son los intereses e ideas ni qué es lo valioso); al *pasado* (la tradición jurídica, los principios históricos. Así se pensaba al redactar el artículo 1.1 de la Compilación aragonesa y el 1.4 de la navarra), al *presente* (en muchas de las tesis anteriores: los valores socialmente dominantes informan la legislación en cada momento, por ejemplo) o al *futuro* (toda la literatura sobre los principios programáticos o sobre los fines de la ley); al *sistema* (principios sistemáticos) o al *problema* (el pensamiento apórtico descubre el carácter principal del Derecho); a *enunciados formulados por el legislador* (con especial insistencia sobre su rango jerárquico

(94) La circularidad del artículo 1.729.10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil merece un juicio similar.

o importancia en relación a otros enunciados legislativos) o a *los no formulados por el mismo* (los principios como Derecho no formulado, tesis hoy muy extendida pero, desde luego, nada nueva. Los enunciados sobre los principios los formula luego el jurista) (95).

Si se tiene en cuenta que la idea de recurrir a los principios se introduce originariamente en un Código civil moderno para resolver dudas, para solucionar el *casus dubius* (parágrafo 7 ABGB: «Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft...»), no parece aventurado afirmar que estamos ante una *explicatio obscuri per obscurius*: el Derecho formulado se aclara y completa gracias al Derecho no formulado que es, como ya vimos que decía Zeiller, una *unversiegbare Quelle*, una fuente inagotable en tanto en cuanto es algo que depende en última instancia de la obra del jurista y no de la del legislador. Es a este carácter de *fuente del Derecho* al que se aferra la doctrina dominante para diferenciar el tema de los principios del de la interpretación: Las reglas sobre ésta pueden considerarse desnortativizadas pero la regulación sobre aquéllos en ningún caso. No hay porqué. No se ve ninguna buena razón para negar a las reglas del Código civil sobre la interpretación carácter de normas jurídicas (art. 3) y afirmar exactamente lo contrario sobre las que aluden a los principios (art. 1). En los códigos civiles modernos los principios surgieron en sede de interpretación y no hay motivos para pensar que no sigan la suerte de ésta. Sobre todo si se constata que, desde la Codificación, la doctrina (y no sólo ella) ha tratado a la regulación que alude a los principios con la misma libertad que a la relativa a la interpretación y que, en el Código civil español, se pueden identificar las reglas que el legislador de 1974 calificó como normas de interpretación, pero que no hay manera de hacer lo propio con los principios.

---

(95) Para elencos concretos véanse los autores citados en la nota (87).

# La revocación de donación modal

LUIS M.<sup>a</sup> DOMINGUEZ RODRIGO  
Murcia, 1982

**SUMARIO:** *Introducción.—1. La revocabilidad de las donaciones modales.—2. La acción de revocación de donación modal.—2.1. Sujeto activo.—2.2. Sujeto pasivo.—2.3. Objeto—2.4. Ejercicio de la acción.—3. Naturaleza de la acción de revocación: sentido del artículo 647-1 C. c.—Notas.*

## INTRODUCCION

El presente ensayo trata de dilucidar el sentido del artículo 647-1.<sup>o</sup> del Código civil español, a tenor del cual «la donación será revocada a instancia del donante cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso».

Desde una perspectiva meramente gramatical, este precepto dispone que en el supuesto de incumplimiento modal por el donatario, puede el donante instar la acción de revocación. Sin embargo, tal interpretación dejaría en pie varias cuestiones, como la precisión de cuál haya de ser el grado de incumplimiento determinante de dicha consecuencia jurídica, o si el sujeto activo del incumplimiento haya de ser el donatario o bien meramente baste que la «condición» deje de ser cumplida, o si puede el donante revocar a su arbitrio —por ser la revocación sanción ineludible de aquel incumplimiento— o bien haya de accionar una revocación necesariamente justificada y legítima. La respuesta a estas tres cuestiones que surgen «prima facie» exige una triple perspectiva orientadora del análisis del mentado artículo.

En primer lugar, habrá que determinar en qué medida subyace una virtualidad, la revocabilidad, de las donaciones «sub modo» —supuesto sea éste el tipo aludido por la norma—, cuya actuación por el donante, dado el supuesto prevenido legalmente, suponga el ejercicio de una acción de revocación. Parece en principio resultar del texto de la norma la configuración de una suerte de donaciones «sub modo», en que la quiebra de éste atraiga como sanción la revocación. El incumplimiento se cualificaría como frustra-

ción del destino modal, abstraída la volición del donatario respecto a esta visión objetiva, y vinculada a la realidad factual de la misma la virtual revocación.

En segundo lugar, se nos muestra el precepto como expresión del principio general de prohibición del enriquecimiento injusto o sin causa, plasmando la «*condictio ob causa datorum*» (1), que presidiría el cuadro legal expuesto. Tal sería la justificación teleológica del mandato contenido por el artículo señalado, y, en consecuencia, éste, manifestación de una «*condictio*». La dogmática de la acción de enriquecimiento injusto, solapada a la de revocación, vendría a explicar aquellas cuestiones.

Finalmente, tales textos y principio vendrían referidos a una finalidad práctica, el logro de la expectativa de destino del donante, ante la cual la revocación por éste habría de entenderse circunscrita —dada la prohibición de ir contra los propios actos (2)— a dicho destino, suerte por tanto de «revocación fiduciaria».

Según procedamos con una u otra visión, la acción de revocación ex artículo 647-1 configura la titularidad del donante respecto a la misma de muy diversa manera. Así, atendiendo literalmente al texto del precepto, el donante es titular de un derecho de revocación, anejo en principio a un tipo especial de donaciones, las «*sub modo*». Tal derecho tendría unas limitaciones jurídicas muy evanescentes, y este tipo de revocación de donaciones se aproximaría al de la revocación por ingratitud. En cambio, ciñéndonos al principio que lo inspira, el donante es meramente el actor de esa facultad, actualizando una característica típica de la figura legal, sujeto activo de la acción, y pudiendo disponer de la misma, pero no del derecho, que es Derecho en cuanto presidido por un principio general del Derecho. Usando términos administrativos, podría decirse que si su actuación en la perspectiva anterior es discrecional, ahora sería reglada (3). Desde el punto de vista de la finalidad práctica, el donante actúa vicariamente de la finalidad por él impresa a la donación, que ha quedado objetivada, en alguna manera y medida, en un destino. Este se erige «*como si*» (4) fuese un sujeto de derecho, en el orto de la figura, y ésta se aproxima a la fundación.

Pero aunque los casos en que pueda jugar la aplicación del precepto comentado puedan exigir una u otra perspectiva, la contem-

(1) Cfr. en este sentido ARIAS RAMOS, *Derecho romano*, t. II. Madrid, 1972, p. 640; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. 2.<sup>o</sup>, 11.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1971, p. 697 en nota 1.

(2) Para la exposición del tema cfr. L. DÍEZ PICAZO, *La doctrina de los actos propios*. Barcelona, 1963.

(3) Un análisis sobre su control en J. RONSE, *Le contrôle marginal des décisions discrétionnaires en droit privé*, en el vol. dir. por Ch. PERELMAN & P. FORIERS, *La motivation des décisions de justice*. Bruxelles, 1978, pp. 403 ss.

(4) J. LENOBLE y F. OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythe-logique de la rationalité juridique*. Bruxelles, 1980, efectúan un análisis de la técnica jurídica del «*como si*», pp. 75 ss. y p. 550.

plación de la figura exige un análisis de las tres visiones, mutuamente interrelacionadas, y de su operatividad potencial y actual, en un examen global preciso para su cabal comprensión. Es decir, al eje sincrónico de la hermenéutica jurídica que supondrían tales consideraciones, debe yuxtaponerse otro diacrónico (siquiera en sentido lógico y no histórico (5); conviene analizar en primer término la configuración genética del precepto, para desenvolver seguidamente su funcionalidad, o, empleando la terminología de L. Hjelmslev (6), abordar primeramente el «texto» —potencialidad— para afrontar seguidamente el «proceso» —actualización—. Aquél vendría constituido por la revocabilidad de las donaciones aludidas por el artículo 647-1.º C. c.

### 1. *La revocabilidad de las donaciones modales.*

Ya hemos señalado que hipotéticamente el artículo 647-1.º C. c. expone la resonancia de una figura determinada en su texto, la donación «sub modo». Veamos ante todo si realmente la palabra «condiciones» del precepto permite inferir que alude a tal tipo de donación, o se refiere a otro distinto.

Según Castán Tobeñas, dicho término, tomado del «Code» francés, no se emplea en el sentido técnico de condición, sino «en el sentido vulgar de obligaciones o cargas que pueden ser impuestas al donatario» (7), reiterando la afirmación de la sentencia de 3 de noviembre de 1931.

En este caso judicial, se pretendía excluir el hecho considerado, un pacto de convivencia conexo a una donación, del supuesto fáctico que atraería la aplicación del artículo 647-1.º C. c. A tal efecto dicha sentencia distinguía entre donación pura (en que sólo juega el móvil de favorecer al donatario, sin que éste contraiga ninguna obligación para con el donante), donación condicional (en que existe una relación jurídica dependiente de un acontecimiento futuro e incierto), donación modal (que expresa un motivo, finalidad, deseo o remuneración), y donación onerosa (que impone al donatario un gravamen, sea una carga real sobre el inmueble donado, sea una obligación personal inferior al valor objeto de la donación).

El Tribunal considera que no existe donación onerosa, pues añade en su argumentación que no cabe, en el caso debatido, entender la existencia de una auténtica carga, dado que no aparece determinado su valor tal como exige el artículo 633-1.º C. c.; a su

(5) Vid. un intento de aprehensión lógica de la diacronía en J. J. SOBRADO CHAVES, *Cambio jurídico y concepto de transformación*, en el vol. A. Hernández Gil et alii, *Estructuralismo y Derecho*. Madrid, 1973, pp. 107 ss.

(6) *Prolegómenos a una teoría del lenguaje*, trad. esp. Madrid, 1974, pp. 16 ss., 26 ss., 36 ss.

(7) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. IV. Madrid, 1969, p. 227.

juicio, por tanto, dicho pacto no transforma la estructura causal del negocio. De otro lado, mediante la afirmación recogida por Castán, excluye la consideración de la figura debatida como donación condicional, que conllevaría la aplicación del artículo 1114 C. c., con lo cual podría pensarse que refiere, a contrario, el artículo 647-1 C. c. a la anterior calificación.

Pero lo que decide es la subsunción del caso en un mero «modus simplex», que no establece vínculo jurídico forzoso para el donatario, y que en consecuencia no puede atraer el amparo de la sanción de revocación ex artículo 647-1 C. c., pues si así fuera su motivo sería una ingratitud libremente calificada por el donante. El mero ruego en que consiste el pacto, aquí, no penetra en la estructura del negocio, quedando en la esfera de los motivos jurídicamente irrelevantes entre las partes y ante el Derecho, sin poder llevar la convención allende su calificación de donación pura.

Hay, pues, una doble negación deontica, tanto del elemento prescriptivo como descriptivo (8) de la norma contenido en el artículo 647-1 C. c., para el caso contemplado, y no pueden involucrarse ambas a efectos de indagar el tipo donacional motor de la sanción de dicho precepto. De otro lado, la manifestación en términos positivos de la «ratio decidendi» (9) no puede tomar por coordenadas los argumentos expuestos, es decir, no cabe válidamente establecer la decisión en términos positivos referida a lo que el Tribunal denomina donación condicional, pura, modal u onerosa, términos que emplea en sentido tópico (10) y no lógico. Desde esta perspectiva, nada dice la sentencia en el punto que nos atañe, limitándose a una configuración negativa de la donación posible supuesto de hecho del artículo 647-1 C. c.

Pero ha de tenerse en cuenta la significación de los hechos enjuiciados (11), un pacto «accesorio» a la donación. Dicha accesoriiedad, que apelaría al elemento fáctico «condición» del artículo 647-1 C. c., excluye la sinalgámaticidad de la donación onerosa —que exige una obligación principal— y haría referir el término «condición» a la carga accesoria, calificable o no como condición

(8) Cfr. el análisis de Alf Ross, *Directives and norms*, trad. esp. Madrid, 1971, pp. 140 ss.

(9) Sobre el argumento «a contrario» cfr. la precisión de J. L. VILLAR PALASÍ, *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*. Madrid, 1975, pp. 221 ss.

(10) Término entendido en el sentido que le da Th. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, trad. esp. Madrid, 1964. Para un examen práctico de la argumentación tópica cfr. G. STRUCK, *Topische Jurisprudenz. Argument und Gemeinsplatz in der juristischen Arbeit*. Frankfurt/M, 1971.

(11) En efecto, como resalta A. GOODHART, la «ratio decidendi» se encuentra en la decisión judicial en tanto que fundamentada en el material fáctico del caso (*Determining the Ratio Decidendi of a Case*, *Yale Law Journal*, vol. 40, 1930, pp. 161 ss. en p. 180). En la misma dirección, E. H. LEVI puntualiza que reside en la calificación efectuada por el juez actual del material anterior (*An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago, 1949, p. 2).

en la medida de su posible «causalización», de su consideración como elemento esencial (causa) o accidental (condición) del negocio jurídico. En la sentencia comentada se califica el supuesto como donación pura, y la afirmación incidental que nos ocupa sólo sirve para justificar la decisión en forma retórica (12): se enmascara el auténtico pensamiento del Tribunal de considerar el pacto de convivencia como accidental (por tanto calificable como condición), pero sin llegar al rango de poder subvertir una calificación de donación pura, que ha de darse por razones de equidad aunque no de pura justicia legal. En realidad sí hay aquí una donación modal, tal como la delimitaremos abajo; lo que sucede es que el grado de incumplimiento no alcanza a poner en marcha el mecanismo revocatorio.

Así, pues, en primer lugar, hemos de considerar las donaciones contempladas por el artículo 647-1 C. c. como determinantes de una carga accesoria para con el donatario. Así parece inferirse de la Sentencia de 19 de octubre de 1973, recaída también en un supuesto de pacto de convivencia accesoria a la donación, que reproduce la afirmación de la sentencia de 1931, englobando en el término discutido las obligaciones a cumplir por el donatario, con el fin en este momento de aplicar el artículo 647-1 C. c. al pleito. Pero tampoco aquí encontramos una posición definida que deslinde tal calificación de la donación condicional.

Sin embargo, la interpretación auténtica juega a favor del entendimiento del término aludido como «carga», como resulta de la redacción del artículo 1.343 C. c. por la Ley de 13 de mayo de 1981. Además, la donación, en el pensamiento del Código, se cualifica por su causa de liberalidad, según el artículo 1.274, y, concurriendo causa onerosa el artículo 62 atrae la aplicación de la normativa contractual general, que en el caso que nos ocupa sería el artículo 1.124, por lo que el artículo 647-1 C. c. excluiría las donaciones onerosas. De otro lado, la donación mixta, si atendemos al tenor *in fine* del artículo 619, vendría configurada como donación modal más que como donación con causa mixta, máxime cuando la causa ni subjetiva ni objetivamente puede dividirse con facilidad, y en el supuesto de que así fuere nos encontraríamos ante una donación onerosa y una donación modal, sea negocio plural o complejo. Se alude por tanto a la donación «con carga», pero, es ésta una donación modal? Así parece darlo a entender el entendimiento vulgar del término, si excluimos de su significado el adjetivo de onerosidad.

Veamos si acontece igual en sentido técnico jurídico. Según Torralba, la donación modal es «aquella en la que el donante,

(12) Empleando el término más que en el sentido acuñado por Chaïm PERELMAN (& Mme. L. Olbrecht-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, 3.<sup>a</sup> ed. Bruxelles, 1976), *Logique juridique. La nouvelle rhétorique*. París, 1977, pp. 135 ss., en el empleado por J. LENOBLE & OST, op. cit., pp. 178 ss., 217 ss.

guiado por un espíritu de liberalidad e impulsado también por algún especial motivo, se empobrece en favor del donatario, al que impone una carga o la obligación de dar a lo recibido determinada aplicación o de destinarlo a algún fin u objeto sin que en ningún caso estos gravámenes, de valor inferior al del objeto de la donación, tengan el carácter de prestaciones equivalentes» (13). En torno a este concepto podemos entender que concurren en ella, cualificando el acto de la donación una aplicación y un especial motivo —yuxtapuestos en el gravamen—, determinantes ambos en cierto modo del ánimo de liberalidad característico de la donación, como resulta del artículo 618 C. c. Motivo y aplicación aparecerían como dos vertientes de la misma figura, el modo, y así era discernible en la Ley 2.<sup>a</sup> del título 4.<sup>o</sup> de la Partida IV. «E por manera se faze (la donación) como si alguno dixiesse a otro: Dote cien maravedises que me fagas una cosa, se entiende que ha en el pleyto manera enon condición...». Media por tanto en la consideración final (aplicación), la eficiente de la misma (motivo). Si intentamos explicar el modo así descrito ante el artículo 1.274 C. c., aparece caracterizado negativamente, por su cualidad de «no contraprestación» en sentido estricto. Pero, ¿difiere, en consecuencia, de la causa? Así lo parece a primera vista, por cuanto el modo se manifiesta objetivamente en una aplicación, que en cuanto finalidad del acto a que aquél se añade, es a la vez motivo de su realización (manifestación subjetiva del modo), y por tanto no causa eficiente (del negocio, cual sería la contraprestación en la donación onerosa ex art. 1.274), sino final, objetivación por tanto del tipo finalista del negocio jurídico, cuya causa sigue siendo la liberalidad, en el sentido de los artículos 618 y 1.274 C. c. El gravamen en cuanto aplicación queda ante ella jurídicamente calificado como «destino».

En consecuencia, a los efectos revocatorios, puede entenderse que la donación aludida en el artículo 647-1 C. c. es la modal, en cuanto la «condición» caracterizadora de la misma se manifiesta como motivo final en la mente del donante y como destino al que se afecta el acervo obligacional del donatario. Si se configurase como causa, sería innecesario el precepto (en el mejor de los casos, pues resultaría incongruente con el principio de seguridad jurídica establecer dos tipos de sanciones legales, ex art. 622 y ex art. 647-1, que vulnerarían la exigencia de un régimenívoco para la prestación del donatario), pues en tal caso entraría en juego el artículo 622-1 C. c., y, atraído por el mismo, el postulado general del artículo 1.124 C. c., el cual no puede entenderse aquí especificado (pues son figuras distintas como luego veremos), ni excepcionado (ya que en tal caso sería, más que excepción, una regla general antinómica) por el artículo 647-1 comentado.

---

13) Cfr. V. TORRALBA SORIANO, *El modo en el Derecho civil*, Madrid, 1967, p. 251.

No se trata aquí de donación condicional, pues, supuesta en ella el ánimo de liberalidad, la condición en sentido técnico viene a relativizar su significado como modo de adquirir la propiedad (en base al art. 609 C. c.), y, en cambio, en el supuesto contemplado, se trata del destino de la misma, que viene jurídicamente a precisar el modo, configurando esta donación, además, como «destinante» de la propiedad por ella adquirida. Es esta consideración la que late en la Sentencia de 4 de noviembre de 1908, que, también en supuesto de pacto de convivencia anejo a donación, ha considerado la existencia de condición, apelando al artículo 1.114 C. c., pues aparentemente primaba en el caso la perspectiva de la adquisición del derecho. En el caso enjuiciado la carga parece subordinar la adquisición de lo donado al cumplimiento de lo ordenado, mostrándose por tanto más como condición que como modo, tal como señala Isabal (14) y como expresaba la Ley 21.<sup>a</sup> del Título 9 de la Partida VI, al afirmar, «e gana el señorío de la cosa que les assi mandada luego que cumpliera lo que le manda fazer el testador». De ahí que sea acertada la apreciación de Castán (15) de que el artículo 647-1 C. c. «no es aplicable a las donaciones condicionales...» («sino a las donaciones onerosas» añade), en la medida que excluye el régimen de las obligaciones condicionales en el momento resolutivo, o, mejor, funcional.

Pero ahora se plantea la cuestión de si el gravamen, no siendo condición, sea carga, y, por tanto, la donación modal onerosa o mixta en cuanto la carga opere como causa. El artículo 245-1.<sup>º</sup> del Código de las Obligaciones suizo permite distinguir netamente los tres supuestos al afirmar que «la donation peut être grevée de conditions ou de charges», en cuanto la causa es esencial a la donación, y el gravamen, accidental, puede aparecer como condición o como carga.

Nada impide, sin embargo, que las partes configuren diversamente el gravamen, pero a tal calificación responderá también la del ordenamiento jurídico. El gravamen, si es causa, sería elemento esencial del negocio; si condición, elemento accidental; y si modo, elemento accesorio del negocio fundamental —la donación— y en esta forma incorporado al mismo. La carga puede, en efecto, aparecer como gravamen, condición o modo. Lo que importa es cómo aparece configurado el modo en el artículo 647-1 C. c., a fin de permitir o no deslindar la donación modal de la onerosa o la mixta.

Una tendencia doctrinal pretende llevar el modo en esta figura al contenido del negocio. Así, afirma Amorós (16), que «en nuestro Derecho existen recogidos con individualidad propia, de una parte,

(14) ISABAL, *Donación modal*, "Enciclopedia Jurídica Española", t. XII. Barcelona, 1910, p. 635.

(15) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, cit., t. IV, p. 227.

(16) AMORÓS GONZÁLEZ, *La donación remuneratoria y la con carga en nuestro Derecho*. Colegio Notarial de Valencia. Curso de conferencias, 1945, p. 190.

los actos remuneratorios como de causa intermedia y mixta de onerosidad y liberalidad, y de otra, los actos de contenido mixto de onerosidad y liberalidad, como las liberalidades de gravamen». Torralba (17) puntualiza esta apreciación destacando que «la afirmación de que el contenido de la donación modal es doble, de onerosidad y liberalidad, sólo es admisible si por onerosidad entendemos cualquiera de las limitaciones que puede implicar el modo y no sólo aquéllas que suponen sacrificio económico». En cuanto la donación modal fuese remuneratoria del cumplimiento modal, sería mixta su causa, y el modo una causa obligacional en el sentido del artículo 1.274 C. c.; en cuanto fuese simplemente modal, gozaría de un contenido mixto. Ya hemos dicho que nada obsta a la primera configuración por las partes, pero este precepto que nos ocupa sería innecesario al respecto si el ordenamiento jurídico sólo admitiere la misma, por existir ya el artículo 1.124 C. c. en relación al artículo 622, a más de injusto ya que ninguna razón legitimaría además la existencia de la *condictio*, y faltó finalmente de sustrato fáctico, pues no hay ninguna destinación que requiera de un remedio revocatorio al truncarse la expectativa genética.

Esta pretendida residencia del modo en el contenido del negocio nos hace inquirir acerca de la medida y grado de inserción del citado elemento en el acto donacional. Si es meramente una cláusula aneja al mismo, podría hablarse de un negocio mixto, en cuanto a sus efectos o contenido; si forma un todo con el mismo, mixto sería el objeto del negocio, el fin práctico perseguido por las partes, a realizar mediante la causa de liberalidad; si no pertenece al núcleo esencial del negocio, pero mantiene con él una conexión determinante, sería un elemento accesorio, que no accidental, del negocio, cuya modulación por consecuencia del mismo habría que especificar. Podemos rechazar que se trate de una cláusula sobreañadida a la declaración de voluntad del donante determinando en alguna forma sus efectos, por cuanto si fuese elemento accidental del negocio no podría cualificarlo al punto de motivar la virtualidad revocatoria de la donación modal, que es consecuencia de un núcleo negocial y no de una parte del mismo; si así lo fuera se produciría el efecto contradictorio de tener que aplicar simultáneamente el artículo 1.124 C. c. (atraído por el art. 622) y el artículo 647-1 C. c.

El modo, y con ello excluimos la posibilidad de configurar un objeto mixto, más que determinar los efectos de la voluntad, parece configurarse como determinación volitiva del donante, si bien tal vez no elevada al rango de causa del acto. Con ello excluimos su accidentalidad (desde el punto de vista de la estructura negocial, que no necesariamente desde la perspectiva de la calificación típica por el Derecho objetivo), aunque sin afirmar como correlato su pertenencia al núcleo esencial del acto. Para ello hay que inquirir acerca de la medida de su «causalización».

---

(17) TORRALBA, *op. cit.*, p. 323.

Castán (18) configura el modo o carga como «la determinación accesoria agregada a un acto de liberalidad y por la cual queda obligado el adquirente a realizar una prestación a favor del disponente o de un tercero», que es accesoria en cuanto consiste en una obligación «excepcional y extraña a la naturaleza del acto a que se incorpora y que además no influye decisiva y directamente sobre éste». No asumen, por lo tanto, el carácter esencial de contraprestación, como sucedería en un negocio a título oneroso, y por lo tanto, no accede a la categoría de causa determinante de la declaración de voluntad, siendo un mero fin secundario anejo al principal. No hay, por lo tanto, una «con-causa» que supusiera una doble declaración de voluntad, de la misma inteligencia queriente de dos fines típicos conexos, sino más bien una doble voluntad en única declaración, proyectando dos inteligencias queridas, cada una diversamente modulada, una como causa en cuanto plasma la finalidad práctica «eficiente» del negocio, y la otra como accesoria en cuanto determina «una» dirección «final» (solapada con «la» impresa por la causa) del mismo que se yuxtapone al discurso lógico de la primera. En este sentido dice Albaladejo (19) que «así como la accidentalidad es nota común a la condición, al término y al modo (lo que discutimos aquí, en este supuesto específico), la accesoriedad es privativa de éste. En aquellos casos no se quieren los efectos del negocio sino presupuestos la condición o el término... lo cual significa que la voluntad se autolimita, reduciéndose a querer sólo los efectos para el caso de que concurren las circunstancias previstas —concurrencia que no es, pues, accesoria—. Hay, pues, una sola voluntad, pero encaminada a una hipótesis más restringida. Por el contrario, en el caso del modo, hay dos voluntades: una encaminada a los efectos normales del negocio; otra, distinta, aparte, que formula una disposición accesoria, deseando unos efectos dependientes de aquellos efectos normales —el donante *sub modo* en primer término quiere donar y además quiere, partiendo de la previa validez y eficacia por sí de la donación, que el donatario haga tal o cual cosa». Sin embargo, hemos de puntualizar que el modo, aquí, no se muestra como accidental, siquiera no se engarce en la volición donante sino en la donataria. Su dinámica le permite, aquí, la incorporación al núcleo principal del acto en cuanto la voluntad del donante se considera en su potencialidad, en su virtualidad funcional. Al objetivarse el destino modal, el móvil incorporado al acto donacional como modo accede al núcleo esencial del negocio, ya no instrumento sino instrumentalizando el «*animus donandi*».

De esta suerte, el modo se distingue de la causa, aunque se divorcia de la misma. En efecto, confluendo dos inteligencias en una misma «voluntad declarada», ambas se fundamentan recíprocamente para dar esa unidad volitiva aparente, y en este sentido

(18) CASTÁN TOREÑAS, *Derecho civil...*, t. I, vol. 2º, cit., pp. 731-733.

(19) ALBALADEJO, *El negocio jurídico*. Barcelona, 1958, pp. 279-280.

el modo pudiera aparecer como una suerte de presuposición, en la concepción de Windscheid (20), intermedio entre el simple motivo y el motivo como condición, fundamento de la declaración de voluntad, pero no del negocio como un todo, de su eficacia, y no causa del mismo por tanto. Podría decirse que si la causa es el elemento arquitectónico del contenido negocial, pilar de su eficacia, el modo es el módulo de su efectividad. Pero, además en cierta medida, el modo cualifica el negocio, conectado en el entendimiento del donante a su ánimo de liberalidad, y de ahí que pueda configurarse dentro de lo K. Larenz (21) denomina «base del negocio», «representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte, o la común representación de las diversas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias en las que se basa la voluntad negocial». En cuanto circunstancia base de la voluntad negocial (en el momento genético potencial, que no en el actual empleando el símil aristotélico), podría decirse que el modo instrumentaliza el «*animus donandi*», tal vez así modo causalizado, como piensa Roca Sastre (22) respecto de la donación remuneratoria: «motivo causalizado que se sobrepone a este «*animus*» (*donandi*) por ser éste no un fin sino un medio para conseguir un fin determinado, distinto del de mera liberalidad». Ese denominado «modo causalizado» en cuanto base del negocio denota una finalidad práctica, imprimiendo su sello a la figura jurídica al plasmar la presuposición determinante, y en este sentido puede afirmarse con Puig Bruttau (23) que es por lo general donación modal la que «obliga al donatario a dar en todo o en parte al objeto de la donación una inversión o destino determinado». La causalización modal es función del destino impreso genéticamente a la donación.

El modo, en cuanto producto volitivo anejo al fundamental es distinto del mismo, y no se incardina en consecuencia en el ámbito objetual del negocio, pero cumple una función positiva, determinar el fin práctico pretendido por las partes, dirigir su volición a una finalidad. La base del negocio queda causalizada al preeterminar el objetivo del negocio, y en la donación modal, por tanto, la causa final (el modo) instrumentaliza la eficiente (causa en sentido técnico jurídico), el ánimo de liberalidad (art. 1.274 C. c.), y además, determinación accesoria erigida en «base del negocio», es tangencial al objeto del mismo, encauzando el logro del resultado práctico presupuestado en que el mismo consiste. El modo o

(20) WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, ed. ital. Torino, 1902, anotada por V. Fadda y Bensa, vol. I, parte 1.<sup>a</sup>, p. 399.

(21) K. LARENZ, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, trac. esp. Madrid, 1956, p. 24.

(22) ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, t. I. Barcelona, 1954, p. 448.

(23) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. 2.<sup>o</sup>. Barcelona, 1956, p. 112.

carga no es aquí, en consecuencia, una contraprestación (24), y la donación modal difiere del «negotium mixtum cum donatione» en que opera una causa mixta, onerosa y de liberalidad (25). De esta forma, la donación modal forma una figura no disociada en elementos, imprimiéndole el modo una serie de peculiaridades, de las que nos interesa la virtualidad revocatoria que expone el artículo 647-1 C. c. El Derecho conviene así a la donación modal una garantía, su revocabilidad, cuyo fundamento gira en torno al modo que cualifica aquélla, y en el cual se hace presente la inserción del modo ante dicha virtualidad de la donación. Al examinar el fundamento de esta revocabilidad discernimos a la vez el marco con que la figura de la donación acoge, en su seno, al modo.

Dicho fundamento sería claro si el modo figurase como presuposición. Entiende al respecto Torralba (26) que no es necesario que así suceda, pero que puede acontecer de esta manera y, en consecuencia, el modo «podría ponerse como presuposición, de tal manera que el autor de la atribución la realizaría presuponiendo que el beneficiado cumpliría el gravamen modal». Ello supondría que el modo, en cuanto presuposición, se erigiese en causa psicológico-jurídica del negocio, y al quebrar aquélla, se frustra en consecuencia la donación, habiendo de seguir parejo fin sus efectos. En tal caso podría aplicarse analógicamente el artículo 1.114 C. c., y sería innecesaria la norma del artículo 647-1 C. c. para la figura contemplada. Nada impide que las partes así lo configuren, al amparo del artículo 1.255 C. c., pero sería discutible que en tal supuesto jugase la garantía jurídica resultante del precepto que nos ocupa. En efecto, en tal caso, el modo bien quedaría reducido al papel de simple motivo, incluso «modus simplex», con la irrelevancia de efectos jurídicos que ya ponía de manifiesto la citada sentencia de 1931, bien alcanzaría el rango de elemento accidental del negocio, como condición, pero no de elemento modulador del negocio, erigiéndose con él en una institución a que alude la norma comentada. Por el contrario el modo aparece como «presuposición-determinante» de la donación, en la medida en que enmarca el destino que ha de darse a lo donado, connotando la misma con una expectativa de destino evaluada como determinante. Desde esta perspectiva, al frustrarse el destino, ha de operarse un remedio que permita retraer lo donado para el fin «presupuesto». El modo juega, por tanto, como motivo-destino, y en la conexión necesaria de ambos elementos internos estaría el fundamento de la revocabilidad aludida.

Igualmente sería claro el fundamento si el modo apareciese como motivo determinante (27), causalizado al amparo del pos-

(24) TORRALBA, *op. cit.*, pp. 143-144, 152.

(25) TORRALBA, *op. cit.*, p. 261.

(26) TORRALBA, *op. cit.*, p. 108.

(27) A juicio de TORRALBA, *op. cit.*, pp. 322-323, «en nuestro Derecho la resolución de la disposición principal por incumplimiento del modo testamentario se producirá cuando dicho modo haya sido motivo determi-

tulado de autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1.255 C. c., cuyo error o falsedad debiera atraer los efectos que produce esta patología de la causa. En tal caso, sin embargo, tampoco surgiría la institución cuya virtualidad manifiesta el artículo 647-1 C. c., sino simplemente una donación subjetivamente cualificada por un motivo. El ordenamiento jurídico italiano dispone de un precepto que específicamente ampara tal caso, y así el artículo 787 del Código civil italiano de 1942 dispone que «la donazione può essere impugnata per errore sul motivo, sia esso di fatto o di diritto, quando il motivo risulta dell'atto ed è il solo che ha determinato il donante a compiere la liberalità». Causalizado el motivo, el error en el mismo vicia de falsedad la causa del negocio. No se originaría, como en el caso del modo, una obligación a cargo de la persona gravada, el donatario, sino simplemente habría una expectativa subjetiva del donante, que, objetivamente truncada, pondría de manifiesto el error subjetivo en que se incurrió, motivando la acción del ordenamiento para subvenir a tal fallo, al resultar falsa la voluntad deseada. La ignorancia o el conocimiento equivocado del donante respecto de la realidad que aparecía como motivo de la donación, determinante de la misma, traería la aplicación no del artículo 1.266-1 del Código, pues el consentimiento no resulta viciado respecto del «ánimus donandi», sino del artículo 1.276 al fallar por falso el ánimo de liberalidad, pero no del artículo 647-1 C. c., que por su parte parece sancionar específicamente el incumplimiento de la carga modal.

Hemos visto cómo el modo se configura más bien como causa final instrumentalizadora de la eficiente, la liberalidad, y en este sentido, no tiene tanta trascendencia el que el motivo que lo inspira sea determinante cuando el que los hechos jurídicos en que aquél plasma lo sean, de la permanencia o no del acto de liberalidad. Jugando así tales hechos jurídicos, afectada la base del negocio, despierta la virtualidad que a la donación modal confiere el artículo 647-1 C. c. El modo, en efecto, erigido en base del negocio, determina un correlativo enriquecimiento-empobrecimiento, operando como título legitimador del mismo, del cumplimiento de cargas —que lo legaliza— y del destino fiduciariamente encomendado —que lo justifica.

El fundamento de tal revocabilidad se encuentra así en la calificación que el ordenamiento confiere a la voluntad del donante, que abarca en su determinación accesoria al modo, y en el ánimo de liberalidad cuyo carácter medial resulta truncado caso de incumplimiento del modo. La liberalidad resulta de esta suerte el marco tanto del cumplimiento como de la revocación de la donación. El modo instrumentaliza la liberalidad, pero ésta delimita

---

nante, o cuando lo haya previsto el testador, aunque en realidad este segundo supuesto puede incluirse dentro del primero, pudiéndose decir por tanto que la resolución tendrá lugar cuando el modo hubiera sido motivo determinante”.

sus contornos. En cuanto móvil, el modo se sirve de la liberalidad para lograr un destino que debe discurrir por los cauces de ésta. Así sostiene Torralba (28) que el modo se muestra como «obligación impuesta por el autor de una liberalidad la cual en cuanto va a implicar un enriquecimiento para el favorecido, le sirve de base para imponerle la obligación modal dentro de los límites del enriquecimiento», y en ello tanto en punto a su cumplimiento como a su resolución, pues como sostiene M. Bouyssou (29), «cada vez que haya que proceder a una evaluación precisa del emolumento transmitido al gratificado, se deberá deducir del montante de la liberalidad el valor de la carga impuesta». De este carácter de la liberalidad, de marco de la obligación modal, derivan consecuencias para el juego de la revocación, en la medida en que aquélla se traduce en un enriquecimiento del donatario justificado más que por el «ánimus donandi» por el cumplimiento del destino afectado a la misma. La efectividad de aquél sobre la posibilidad de revocabilidad, y ésta se presenta como supresión de esa efectividad, y sólo de ella. Esta es jurídicamente legitimada por un título, el modo, cuya frustración deja «sin causa» ese correlativo trasbase patrimonial» (30). La virtualidad revocatoria de la donación modal se muestra así como expresión del principio prohibitivo del enriquecimiento injusto (31). Sin embargo, hay que puntualizar ya que éste opera sólo como legitimante de la revocación, pues la medida del supuesto fáctico habilitante de la misma ha de ponderarse en función de la quiebra del destino modal, y la legalidad de la misma viene regida por la norma que sanciona el incumplimiento de cargas.

Ello nos impele a indagar el engarce de tal legitimación con las dimensiones del precepto comentado. Si ésta atiende a la contemplación del modo donatorio como destino, aquél debe hallarse en la visión del modo como motivo. Dicho de otra manera, hemos de conectar este fundamento desvelado con el de la revocación de donaciones.

Históricamente, nos dice Castán (32), «la revocación de donaciones tiene su origen en el Derecho romano, donde fue al principio un privilegio concedido a los patronos, los cuales podían revocar a su albedrio las donaciones hechas a los libertos. Más tarde se restringió esta facultad a dos casos determinados: el de ingratitud por parte del liberto y el de supervenencia de hijos al patrono. Y finalmente, en tiempos de Justiniano, fue extendida a todas las donaciones de revocación por ingratitud del donatario (Girard).

(28) TORRALBA, *op. cit.*, p. 135.

(29) M. BOUSSOU, *Les libéralités avec charges en droit civil français*. París, 1947, p. 218.

(30) Cfr. NÚÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*. Madrid, 1934, pp. 5 ss.

(31) Cfr. la regulación de los artículos 62 ss. del Código de las Obligaciones suizo, y los párrafos 812 ss. del B. G. B. alemán.

(32) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, t. IV, cit., p. 226.

Los expositores e intérpretes, generalizando la doctrina de los textos romanos, establecían como causas de revocación la ingratitud del donatario, la superveniente de hijos y el incumplimiento de cargas, y así pasó la teoría al código francés y a la mayoría de los modernos».

Sin embargo, la revocación por incumplimiento de cargas tiene un origen distinto en el Derecho romano, vinculado al remedio sustancial que la «*condictio*» supone al formalismo (33). Parece así que el instituto de la revocación de donaciones surge como figura unitaria en la codificación, pero diversificada en los tres supuestos históricamente aludidos. Su fundamento estaría en el libre albedrío del donante, condicionado a la verificación de las hipótesis legales que permiten su juego, y en este sentido el donante ostentaría un derecho de revocación, correlato de la causa de libertad que inspira el acto de donación, siempre que una circunstancia objetiva permitiese presumir la quiebra de aquel *animus donandi*.

Este mismo sería el fundamento de la revocación de la donación «con cláusula modal» o «con cargas», pero, ¿lo sería también de la «donación modal»? Tal y como lo venimos planteando, en el supuesto de donación modal, la «*condictio iuris*» para el supuesto derecho de revocación, sería el quebranto de los hechos jurídicamente determinantes de aquélla (constitutivos del motivo determinante del *animus* de dicha donación). Siendo su realización objeto de una obligación por parte del gravado-donatario, dentro del marco de la liberalidad efectiva, la revocabilidad de ésta tendría su fundamento no en el principio general del artículo 1.124 C. c. (no median obligaciones recíprocas, sino reciprocidad en el correlativo enriquecimiento y empobrecimiento), sino en la situación de injusto enriquecimiento por parte del donatario que se produciría caso de no concederla el ordenamiento jurídico. En efecto, en tal hipótesis, el donante vería falsificado su motivo determinante, y la ausencia de «*animus donandi*» no justificaría el enriquecimiento producido por la liberalidad. El artículo 647-1 C. c. no dice que el donante revoca, sino que la donación es revocada; hace aplicación concreta de un principio general del Derecho: la prohibición del enriquecimiento injusto, disponiendo una vía específica como causa del mismo. Ante el orden social jurídico la voluntad del donante, su ánimo de liberalidad, opera como fundamento mediato de esa revocabilidad, siendo el inmediato la prohibición del enriquecimiento injusto.

Con este fundamento podemos determinar el sentido de la revocación que prevé el artículo 647-1 C. c., actualizando la virtualidad revocatoria de la donación modal.

(33) Cfr. DONATUTI, *Le causae delle condictiones*. Milano, 1951; DAWSON, *Unjust Enrichment. A comparative Analysis*. Boston, 1961; SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio in klassischen römischen Recht*. München-Köln, 1952.

No se trata de un supuesto de anulación por error, al amparo del artículo 1.266-1 C. c. in fine, dado que no ha existido un vicio en la voluntad «donandi» del donante. Tampoco es un supuesto de resolución ex artículo 1.124 C. c., que se vería cualificado para la donación modal, dado que no se presentan obligaciones recíprocas, al no mediar dicho sinalagma entre la obligación de entrega del donante y la del cumplimiento del modo del donatario, siendo obligaciones unilaterales. Tampoco se trata de un caso de rescisión, pues no es un remedio subsidiario (como impone el art. 1.294 C. c.), sino principal, ni responde a una previsión de legalidad para obviar un resultado no deseado por el legislador, sino a una aspiración de justicia. No es tampoco un supuesto de nulidad contractual, al no resultar afectado ninguno de los elementos esenciales del contrato, dado que el modo no se sitúa en la esfera del consentimiento (no vicia su incumplimiento la voluntad primigenia), ni del objeto, ni de la causa como hemos visto. Ello no obstante, que las partes puedan configurar el modo de tal manera que la donación, que en este caso ya no sería la prevista en el artículo 647-1 C. c., pueda quedar sin efectividad de acuerdo con cualquiera de estos remedios.

Sin embargo, visto el fundamento de la revocabilidad de la donación modal, que expone el mencionado artículo, parece tratarse más propiamente de revocación en un sentido restringido, debida a un cambio de voluntad del donante mediante el ejercicio de una potestad reconocida por la ley (34), y no ex artículo 1.114 C. c. al no darse una originaria autolimitación de la voluntad. Propiamente podría hablarse de una mutación presunta del «animus donandi» que la ley autoriza a traducir en cambio de voluntad respecto a la liberalidad. Así la jurisprudencia suiza circunscribe la revocación exclusivamente al supuesto legal, de inejecución «sin causa legítima» de las cargas que gravan la donación, dándose en otro caso meramente un «dédommagement par inéxécution de la seule charge qui est l'accesoire du don» (35). Es decir, se trata de un supuesto de revocación dirigido a borrar los efectos del enriquecimiento injusto eventualmente sobrevenido, a consecuencia del incumplimiento del modo. El fundamento del instituto preside de esta manera, la actualización del mismo, y lo hace de tal modo que habilita un cauce específico, la «condictio» del artículo 647-1 C. c., de rasgos muy parejos a la acción de enriquecimiento injusto.

Ahora bien, el artículo 647-1 C. c. involucra una figura, la donación modal, y conviene delimitar sus elementos personales y objeto ante dicha virtualidad revocatoria, a fin de precisar la posible incidencia de su dinámica en tal virtualidad funcional.

El donante se encuentra con una titularidad de una facultad po-

(34) Así concibe la revocación FUENMAYOR, *La revocación de la propiedad*. Madrid, 1941, p. 32.

(35) R. O. 80 690 J. T. (1955) 162, anotada por G. Scyboz y R. Giliéron, al "Code des Obligations suise". Lausanne, 1972 (al art. 245-1).

tencial, la de ejercitar la revocación por incumplimiento del modo, o, con más precisión, por dejar de cumplirlo sin título que legitime tal actuación, lo que pone de manifiesto el que no se trata de trasladar aquí el principio general del artículo 1.124 C. c., sino de proyectar la posibilidad de revocar donaciones; de ahí que Justiniano incluyera la revocación por incumplimiento modal como un caso más de la revocación por ingratitud (36). Asimismo se hace notar con ello que el modo adquiere su carácter obligatorio cuando la liberalidad se hace efectiva, y no por la aceptación del donatario (37), ya que ésta es su instrumento y su marco legítimamente: no cabe modo sin liberalidad. De ahí que para Biondi (38) sólo en actos unilaterales se pueda hablar de peso o carga --modo--, no teniendo sentido en los contractuales, aunque pese a la configuración de la donación como contrato, siendo prevalente la voluntad del donante, puede seguirse hablando de peso o carga e imposición del mismo en contraposición a la liberalidad que adquiera el donatario, si bien jurídicamente sea una obligación más de las derivadas del contrato.

Es decir, esta exigencia no hace que el contrato de donación modal sea un contrato real, sino que simplemente condiciona el nacimiento de la obligación del donatario-gravado. El donante, perfecta la donación, tiene la expectativa del cumplimiento del modo, defraudada la cual podrá ejercitar su facultad de revocación: en garantía de tal expectativa cabría estimar aplicable por analogía el artículo 1.121 C. c., en cuanto el donatario, al aceptar la donación modal, ha generado una apariencia jurídica a favor del donante que merece ser garantizada por el ordenamiento jurídico. El lapso de tiempo durante el cual el donante aún no puede accionar ex artículo 647-1 C. c., protegida su expectativa por el artículo 1.121 C. c., habrá de ponderarse por los Tribunales en atención a las circunstancias del caso concreto. El donante, se ha empobrecido por la donación, justificadamente dado su ánimo de liberalidad, pero instrumentalmente, a fin de que se cumpla el modo impuesto. En torno a éste girará por tanto la «justa causa» que legitime el enriquecimiento producido en su caso.

Dejado de cumplir el modo, el donante se ve perjudicado por un enriquecimiento injusto del donatario, y puede accionar la revocación que permite el artículo comentado. No tiene un derecho libérmino de revocación en tal supuesto, en cuanto que no goza de una facultad incondicionada de revocar, sino que ha de ajustarse al fundamento de la misma, restablecer a su estado original el «status» de enriquecimiento injustamente producido. Y de ahí que el dejar de cumplir el modo mediando justa causa sea excepción hábil al ejercicio de la acción. En este sentido, el donante no es titular de un derecho de revocación, que habría de sujetarse a

(36) Cit. por TORRALBA, *op. cit.*, p. 64.

(37) TORRALBA, *op. cit.*, pp. 126-127.

(38) BIONDI, *Le donazioni (Corso di diritto romano)*. Milano, 1940, pp. 647-648.

las formalidades legales, o que estaría condicionado legalmente en base a una presunta autolimitación de voluntad —como podría suponerse en el supuesto de revocación por supervenencia de hijos—. El donante es titular de una acción de revocación dirigida a quebrar el enriquecimiento injusto operado, acción que le concede el ordenamiento jurídico, no como tutela de un derecho de revocación que no tiene, sino como sanción a un enriquecimiento injusto a consecuencia del cual ha sido perjudicado en su esfera patrimonial. La frustración de su expectativa modal hace inútil el sacrificio económico que le supuso la liberalidad. Al no mediar sinalagmaticidad entre ambas obligaciones no cabe propiamente hablar de acción de enriquecimiento injusto (39), sino de revocación, acción que tiene carácter subsidiario, al ser titular directamente de la misma. Las vicisitudes del acto afectan al donante en cuanto es, además, «destinante» de lo donado.

El donatario se encuentra con un modo que cumplir, que tiene el sentido de «misura», indicando los límites dentro de los cuales rige su derecho, adquirido de la liberalidad del donante. Así, afirma Arangio Ruiz (40), «en el lenguaje justiniano se da el nombre de modus a una cláusula de un negocio jurídico a título gratuito con la cual el destinatario de una liberalidad se le impone un cierto comportamiento». En el mismo sentido defiende Mezquita del Cacho (41) que el modo «no tiene carácter comutativo, compensatorio o de equilibrio patrimonial, ni siquiera en parte, sino meramente limitativo». Estos límites configuran un deber a posteriori del donatario, el cual no se encuentra de esta forma en una situación pasiva, como la de la persona interpuesta fiduciariamente, mero transmitente que no opera sobre lo trasladado (42). La donación modal recuerda así para Puig Brutau (43) la «*datio ob causam*», o «entrega de una cosa para que con ella o con su valor al donatario trate de alcanzar un determinado resultado». Importa, pues, que la carga sea inferior al valor de lo donado, para no estar ante un contrato oneroso que tipificaría de otro modo como contraprestación, la posición del otro caso donatario (44). En tanto no cumpla el modo, una vez nacida su obligación de cumplirlo, y pudiendo entenderse que se ha dejado de cumplir por su inactividad, se encuentra en lo que De Castro (45) denomina situación

(39) Con ello queremos indicar que no hay una vinculación causal entre ambas obligaciones, sino un solapamiento finalista.

(40) ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di Diritto romano*, 12.<sup>a</sup> ed. Napoli, 1956, p. 91.

(41) MEZQUITA DEL CACHO, *La cláusula modal ante el Registro de la Propiedad*, «Revista de Derecho privado», 1960, p. 21.

(42) Cfr. M. BOYSSOU, op. cit., pp. 117-118, aludiendo al papel “activo” del gravado por el modo, a diferencia de la persona interpuesta.

(43) PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, t. II, vol. 2.<sup>o</sup>, cit., p. 113.

(44) Cfr. las consideraciones que sobre la incidencia de la evaluación de la carga en el carácter gratuito u oneroso de la donación modal en el Derecho romano hace M. BOYSSOU, op. cit., p. 21.

(45) DE CASTRO, *Derecho civil de España*. Valladolid, 1942, p. 527.

jurídica «débil», ya que el título de su derecho puede ser desvirtuado por el ejercicio de la facultad revocatoria del donante, siempre que no medie una causa legítima cuya existencia desvirtuaría la existencia de un enriquecimiento injusto, y en consecuencia haría inexistente dicha facultad revocatoria, subsistiendo tan sólo la acción prevenida en el artículo 1.101 C. c

Sin embargo, el donatario, en cuanto destinatario del modo conexo a lo donado, si bien puede disponer a tal efecto de lo dado, no precisa hacerlo así, pudiendo cumplir el modo de otra forma. La instrumentalización que a su vez el modo opera de la liberalidad lo es con respecto al donante, pero no al donatario. De su actuación fiduciaria responde la liberalidad hecha efectiva, y en consecuencia en tanto acontece esto la obligación modal es un débito carente de responsabilidad. El donatario tiene una función que cumplir, de ejecución modal, a cuyo efecto prevé el donante que invertirá la liberalidad hecha. El uso de la misma por el donatario debe, entre tanto, considerarse como fiduciario. Ante esta perspectiva el modo se cualifica como destino, pudiendo decirse que se «personifica». La revocación supondría la habilitación del cauce adecuado a tal destino.

Desde esta perspectiva puede abordarse la posible existencia de interesados en el cumplimiento del modo, en cuanto beneficiados por su realización, sea el propio donante, el donatario, o un tercero o terceros.

Siendo beneficiario el donante, tal interés queda insito en la expectativa que su donación ha originado, pudiendo, según los casos, cualificar como contraprestación la limitación impuesta a título de «modo» el donatario. Así, parece que la donación con pacto anejo de prestación de pensión y, o alimentos (o asistencia o convivencia), sería muy próxima a la renta vitalicia, más que a la figura modal que comentamos (46). Para deslindar el acto de donación del contrato vitalicio habría que discernir en el caso el áleas, normal de todo negocio jurídico, o peculiar de un contrato aleatorio, existente, y la configuración de la supuesta obligación modal, en cuanto para el donatario instrumentalizaría también la liberalidad figurando su cumplimiento a manera de amortización del capital donado. Si ese interés se cualifica como causa, desaparece la calificación modal, pudiendo engarzarse la obligación en el núcleo causal o aparecer como condición. Así, para que la donación no sea onerosa, y en consecuencia la pretendida obligación modal no sea recíproca, tal interés no ha de desvirtuar el «*animus donandi*», y por tanto no ha de figurar como causa contractual, aunque sí pueda hacerlo como objeto.

Siendo beneficiario el propio donatario, y siempre que no pue-

(46) Sobre el contrato de vitalicio, cfr. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, t. IV, cit., p. 664; arts. 521 y ss. del Código de las Obligaciones suizo; FUENMAYOR, *Derecho civil de Galicia*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», t. I, pp. 267 ss.

da equipararse en tal caso el modo a una condición potestativa (art. 1.115 C. c.), éste goza de una expectativa que se hará efectiva al cumplimiento del modo. Entre tanto no puede disponer de ese interés, que es mero resultado del cumplimiento modal. Dicho interés jugaría como manifestación objetiva de la justicia del enriquecimiento que a su favor dispuso el donante, acorde con su voluntad, y no puede en consecuencia quebrarlo, pues confluendo subjetivamente la obligación y beneficio modal en él, daría lugar al supuesto que actualizaría la acción de revocación por el donante, ya que no puede dissociar los efectos de su voluntad y rechazar el interés modal aceptando el cumplimiento que al mismo conduce causalmente en forma natural y jurídica.

Caso de haber beneficiarios distintos, éstos se pueden encontrar, según los casos, bien la situación del favorecido del artículo 1.257-2 C. c., y como tal titular de un derecho subjetivo a la prestación que el cumplimiento modal conlleva, bien en una situación de expectativa en tanto se ejecute el modo, sin facultad alguna sobre el interés que tal beneficio supone, ni pudiendo afectar al negocio modal la actitud que adopten respecto del mismo al ser terceros. A juicio de Biondi (47), surge en este punto el problema «cuando el modo no implica atribución de derechos subjetivos, como en el caso de que persiga un interés colectivo o cuando no se concreta en una prestación a favor de una persona determinada o determinable. En tales casos, el modo constituye un círculo de intereses que no se concretan en derechos subjetivos por falta de un titular preciso, ni siquiera futuro y determinable. Habrá un titular cuando el modo sea ejecutado; pero mientras tanto hay un interés a la ejecución, no un derecho subjetivo. Hay una obligación, a la que no corresponde un derecho subjetivo, sino un interés genérico reconocido a una pluralidad indefinida de sujetos». En tales casos hay que entender que el Derecho no garantiza ni protege el eventual tercero beneficiario del cumplimiento del deber moral, sino el derecho revocatorio del disponente sub modo (48), que aparece como garante discrecional de aquellos beneficiarios que él mismo ha interesado. No aparece el efecto triangular de una sola figura jurídica, aqué alude el artículo 1.257-2 C. c., sino el sucesivo de dos figuras distintas, o más bien la resonancia a tercero de la primera. El tercero, en efecto, no aparece como titular de ningún derecho, sino como beneficiario del cumplimiento del modo; el destino de lo donado le afecta en cuanto le produce un beneficio, y sobre tal destino no tienen ningún tipo de poder, sino al contrario, es ese destino el que le afecta. Así, hemos de separar el supuesto comentado de otros parejos, en que se muestra un tercero acreedor como beneficiario, cual es el caso, por ejemplo, del beneficiario en el seguro de vida.

En consecuencia, el, o los, beneficiarios, particulares, sólo de-

---

(47) BIONDI, *op. cit.*, p. 683.

(48) Como sostiene MEZQUITA DEL CACHO, *op. cit.*, p. 27.

vendrán titulares cuando se haga efectivo el modo, pues sólo surge la titularidad a raíz de la ejecución y no pendiente la misma —cuál sería el caso de los beneficiarios en el caso de estipulación a favor de tercero—. El beneficiario o favorecido, en la medida en que se verá afectado por el cumplimiento del modo goza de una expectativa sin efectos jurídicos, que sólo surgirán tras la realización de la obligación modal. Dicho de otro modo el tercero no tiene ningún medio jurídico de adherirse al destino modal particular.

Tratándose de interés público o colectivo, el beneficiado nada obsta en principio a la misma solución, siendo el interés colectivo; pero en el supuesto del interesado público ha de considerarse su vis atractiva respecto a los posibles destinos que afectan a su esfera vital. Así, por ejemplo, podría darse el caso que permitiera la intervención administrativa como acción de policía en un sentido amplio, no cabiendo otra dado que no existe una relación jurídica entre el gravado y la Administración (49). Si la Administración es, a más de beneficiaria, donataria, habrá que tener en cuenta, de acuerdo con el artículo 12 del Reglamento de bienes de las corporaciones locales de 27 de mayo de 1955 que «si los bienes se hubieran adquirido bajo condición o modalidad de su afectación permanente a determinados destinos, se entenderá cumplida y consumada cuando durante treinta años hubieren servido al mismo y dejaren de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público» (50). El interés público adquiere una virtualidad tal que, en determinadas circunstancias, puede quebrar los moldes del Derecho privado. El favorecido por un interés público del destino modal sólo podría en todo caso instar la acción administrativa, pero no tendría una posición jurídica diferente de la del interesado particular.

Por su parte, lo donado está afectado al cumplimiento del modo en cuanto «responde» de la efectiva realización del mismo, pues el donatario puede perfectamente operar una subrogación real en la inversión presupuesta. El patrimonio afectado responde al donante de la realización de su expectativa, así jurídicamente protegida, y la efectiva liberalidad erige al donatario en la obligación de efectuar la inversión modalmente prevista. Vemos así cómo

(49) Cfr. la tipificación de la intervención policial administrativa por el artículo 1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, en su párrafo 1º.

(50) Hemos de tener en cuenta que el destino modal, afectación en Derecho administrativo tiene un régimen especial (p. e. cfr. art. 9 de la ley catalana de 7 de diciembre de 1981 sobre el patrimonio de la Generalidad de Cataluña). Lo que importa destacar aquí es que ante el artículo 647-1 C. c. no se manifiesta ni como vinculación, ni como pacto de uso vicario de una figura de comodato. Preceptos sobre el régimen de donaciones en Derecho administrativo se encuentran en los artículos 24-1 de la Ley del Patrimonio del Estado y 10-2 del Reglamento de bienes de las Corporaciones Locales. En su caso, el contrato se ajustará al régimen previsto por el artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado para la Administración Central, y al artículo 109 del Real Decreto de 6 de octubre de 1977 para la local.

en esta figura media un gravamen que es normativamente significado, en cuanto a la posible revocabilidad del patrimonio gravado al quebrar su sentido, la «condición» impuesta para su uso. Ello supone que la liberalidad, operando como causa eficiente del destino modal, es instrumentalizada por las partes al erigir una voluntad accesoria, el modo, en causa final, quedando la pendencia de su cumplimiento garantizada por la situación jurídica configurada al amparo del artículo 647-1 C. c. El patrimonio gravado opera de esta suerte como presuposición determinante del acto, que viene jurídicamente calificado como obligación modal, y cuyo sentido es el de constituir la base del negocio afectado. El destino previsto aparece significado por una fiducia encomendada al donatario al instrumentalizar para ello el donante la liberalidad.

Así, la virtualidad revocatoria que plantea el artículo 647-1 C. c. muestra un texto, principio y finalidad práctica que presiden la configuración de los sujetos y objetos de la figura aludida en el precepto, así como también su actualización en la acción revocatoria que concede al donante. De la dinámica que aquí desempeñen podrá inferirse, conectado con lo ya expuesto, el sentido cabal del precepto aludido.

## 2. *La acción de revocación de donación modal.*

En consecuencia, procede estudiar esta acción, y, analizando el sujeto activo, pasivo, objeto y ejercicio de la misma, haremos una panorámica de los principales problemas que pueden surgir y de hecho se plantean ante el precepto comentado, para poder concluir con la precisión de la naturaleza de dicha acción, que ante la virtualidad revocatoria de la donación modal completará el examen del mandato contenido en aquella norma.

### 2.1. SUJETO ACTIVO.

El artículo 647-1 C. c. atribuye la legitimación para ejercitarse esta acción al donante, sin exigir, como hace el artículo 793-4.<sup>o</sup> del Código civil italiano de 1942 que «la risoluzione per inadempimento dell'onere (sea) preveduta nell'atto di donazione», en cuyo caso «può essere domanda del donante o dai suoi eredi». Ello es congruente con el fundamento de tal revocabilidad como hemos señalado anteriormente, que exige el auxilio de la ley, concedido en la posibilidad de operar una revocación dado el supuesto fáctico resñado.

El Derecho romano concedía al donante una acción personal, no ejercitable por sus herederos. El Derecho justiniano concedería una «actio praestcriptis berbis» para que el donante o sus herederos, o incluso los beneficiarios (pues estaba muy presente la figura de la contratación o estipulación a favor de terceros) demandasen el cumplimiento del modo, inaplicable al «modus simplex»

o ruego de eficacia simplemente moral (51). Generalizando, entiende Torralba (52) que están legitimados el donante, sus herederos, el tercero favorecido y las autoridades si el modo es de interés público. Pero conviene particularizar y puntualizar la forma y medida en que tales personas pueden, según los casos, ejercitar esta acción, para lo que no puede decirse estén legitimados de una manera absoluta.

Así, ante todo, hemos de plantear la cuestión de la pretendida naturaleza personalísima de la acción, lo que se traduciría en la imposibilidad de transmisión de la misma o de su ejercicio a los herederos del donante. La jurisprudencia proclama en un principio el carácter personalísimo de la misma, sentando su intransmisiabilidad a los herederos (sentencia de 4 de marzo de 1872). Reitera este mismo principio la sentencia de 3 de diciembre de 1928, afirmando que «la acción para reclamar la nulidad o revocación de una donación de las llamadas "a cierta postura" por falta de cumplimiento de la condición, es personalísima del donante», añadiendo que no se transmite «a no ser en el caso antes aludido de la supervenencia de hijos». No se daba, sin embargo, en el caso contemplado, la concurrencia de circunstancias que tal vez hubieran podido determinar la aplicación analógica del artículo 653-1 C. c. La sentencia de 6 de febrero de 1954 proclama una vez más el postulado de intransmisiabilidad, aludiendo a las dos sentencias antedichas, afirmando que el ejercicio de tal acción no es «transmisible si (el donante) pudo ejercitárla y no lo hizo», con lo que da entrada a una nueva «premisa mayor», de igual formulación que el artículo 653-1 C. c., susceptible de interpretación a contrario en decisiones futuras.

La sentencia de 16 de mayo de 1957 aborda el mismo tema, si bien relativa a una donación universal de bienes inter vivos en territorio foral navarro efectuada con la contrapartida de la obligación (del donatario) de vivir en casa del donante y de prestarle asistencia. Declara que la acción es transmisible a los herederos si el donante QUIISO ejercitárla y NO PUDO hacerlo, al no presumirse como en el caso de haber podido y no hacerlo una renuncia tácita. Así, entendiendo patente en el caso que resuelve el PROPOSITO de revocar y la IMPOSIBILIDAD de hacerlo poniendo en ejercicio dicha acción revocatoria (por el donante), afirma que ello, «en la esfera del Derecho se traduce en el mantenimiento de una acción potencialmente viva y susceptible de transmisión hereditaria a la demandante».

La sentencia de 29 de noviembre de 1969 reitera esta última, si bien refiriéndose a la revocación por ingratitud, justificando tal transmisión en que pese a ser una acción personalísima, dada su índole de sanción penal, medio coactivo y psicológico de obligar

(51) Cfr. ARIAS RAMOS, *Derecho romano*, t. I, Madrid, 1972, pp. 137-138.

(52) TORRALBA, *op. cit.*, p. 295.

al donatario, queda suavizada por el precepto del artículo 653-1 C. c., y exige para la no transmisión que concurran actos expresivos de la voluntad de revocar y la posibilidad de ejercicio de la misma, cuestiones que quedan sometidas a la apreciación de los tribunales de instancia. Encuentra la razón de la transmisibilidad en que los efectos de esta «sanción penal de tipo económico», caso de no admitirse aquélla, pudieran verse frustrados cuando su titular se viera impedido para utilizarla por causas ajenas a su voluntad», razón por la cual, dice, «nuestro Código civil, que sustenta aquel restringido criterio en sus artículos 647, 648 y 652, al exigir que la revocación se obtenga a instancia del donante, la suaviza en cambio, cuando redacta el 653, en el sentido de que dicha acción no se transmitirá a los herederos del mismo "si éste, pudiendo, no la hubiere ejercitado", con lo que atempera el éxito o la ineficacia de la transmisión a la posibilidad de su ejercicio por parte del primitivamente legitimado, circunstancia que, al igual que los actos expresivos de la voluntad más o menos decidida de revocar tal acto de liberalidad, constituyen cuestiones de hecho...». La sentencia argumenta «obiter» sobre una pretendida uniformidad de los distintos supuestos de revocación por ingratitud y por incumplimiento de cargas, lo que ha de tenerse presente para valorar su validez en el punto que nos ocupa.

La sentencia de 11 de diciembre de 1975, aplicando el artículo 647-1 C. c., mantiene el criterio de transmisibilidad aludido en la anterior de 1969. Declara así que la acción de revocación por incumplimiento de cargas es intransmisible en el supuesto de que el donante, habiendo podido ejercitárla, no lo hubiera hecho, presumiéndose en tal proceder una renuncia tácita que los sucesores deben respetar, adhiriéndose, dice, a la doctrina de la sentencia de 16 de mayo de 1957 que revisa —a su juicio— la de las sentencias antes citadas de 1872, 1928 y 1954. Fundamenta la aplicación de tal doctrina al caso en que el juzgador de instancia no ha apreciado ni la imposibilidad de ejercicio de la acción por el donante, ni la existencia de actos expresivos de la voluntad de revocar que permitan rechazar la presunción de tal renuncia tácita por el donante.

Lo reseñable de la actitud jurisprudencial es que atiende al hecho de la posibilidad de ejercicio de la acción por el donante, entendiendo que si cabe y no se ejercita, no tiene lugar la transmisión de la acción, con lo que parece aludir a la posibilidad de transmisión de la acción ya en vías de ejercicio o pretendido al menos el mismo, o, dicho de otra manera, que no se transmite la acción sino su ejercicio ya pretendido por el donante (aunque aún no se haya traducido en la pretensión procesal). Lo fomenta en que tal actitud denota una renuncia tácita al ejercicio de la acción por el donante.

Pero ha de tenerse en cuenta que la sentencia de 16 de mayo de 1957 parece atender a un criterio subjetivo, a la existencia de

un propósito de revocar por el donante —en tanto la línea jurisprudencial antes mentada se fijaría sólo en el hecho objetivo de la posibilidad de ejercicio, reduciendo la voluntad de revocar a la presunta—, el cual, no habiendo podido llevarlo a cabo se traduce en la transmisión de la acción. Si para rechazar este criterio en Derecho común se arguye que la sentencia de 1957 alude al Derecho foral navarro, hay que recordar que la ley 118-II de la Compilación Foral de Navarra, relativa a las donaciones «propter nuptias», establece que «la facultad de revocación es intransmisible, pero si los donantes fallecieron habiendo interpuesto la demanda, podrán continuar el ejercicio de la acción las personas que resultaren llamadas a los bienes, caso de prosperar la revocación».

Para enmarcar adecuadamente este tema hay que señalar:

1.º Que se transmite, más que el ejercicio de la acción, la titularidad de la misma, caso de aceptarse su transmisibilidad, puesto que el transmitido puede disponer o no de su actuación ante los tribunales, sin que ello quiera decir que se transmita el derecho, sino su garantía procesal, la acción.

2.º Que el argumento de transmisibilidad sólo de su ejercicio apunta a un criterio subjetivo, de haber existido la expresión voluntiva del donante de iniciar la acción, lo que contradice el aparente criterio objetivo fijado sólo en la posibilidad o no de ejercicio de la misma y por tanto en una voluntad presunta —que paradójicamente permite hablar de una renuncia tácita—, seguido por las sentencias citadas que limitan la transmisibilidad de la acción en el Derecho común.

3.º Que siendo el fundamento de la acción la prohibición del enriquecimiento injusto, hay que tener en cuenta que los herederos del donante, a quienes se transmitiría la acción, resultan igualmente perjudicados, de un lado en cuanto la donación integrase su legítima (en cuyo caso procedería su reducción por inoficiosidad al amparo de los artículos 636 y 654 a 656 C. c.), y de otro en cuanto eventualmente pudiera integrar su patrimonio por sucesión «mortis causa» del donante.

4.º Que sin necesidad de aludir a la transmisión de la acción, cabría considerar a los herederos del donante con la facultad de velar por el cumplimiento del patrimonio destinado, a fin de respetar la voluntad de su causante.

Asimismo hemos de hacer notar que un criterio puramente objetivo se sigue por el artículo 251-2 del Código de las Obligaciones suizo, al disponer que «si le donateur décède avant l'expiration de l'année (plazo durante el que puede ejercer la acción), son action passe à ses héritiers, qui peuvent l'intenter jusqu'à la fin de ce délai». Coherenteamente con ello se prescinde de toda consideración subjetiva al establecer el artículo 251-3 del mismo Cuerpo legal que «les héritiers peuvent revoquer la donation lorsase le donataire, avec prémeditation et d'une manière illicite, a causé la mort du donateur prémeditation et d'une manière illicite, a causé la mort

du donateur ou l'a empêché d'exercer son droit de révocation». El criterio que propone la jurisprudencia para ser realmente objetivo, habría de fijarse exclusivamente en el ejercicio o no de la acción, y si atiende además a la posibilidad del mismo involucrando en la misma sin aquel ejercicio efectivo la renuncia tácita del donante, hemos de tener en cuenta que la imposibilidad de ejercicio no permite presumir la no renuncia tácita, cuestión que quedaría soslayada en el criterio jurisprudencial. Como este último es el que resultaría de la traslación analógica del artículo 653-1 C. c. al supuesto del 647-1 habremos de buscar otro criterio que integre plenamente el espacio jurídico a cubrir, y éste es llenado precisamente en principio por el seguido por la sentencia de 16 de mayo de 1957 antes citada.

De acuerdo con ello, atendiendo siempre a las circunstancias del caso, como impone el artículo 3-2.º C. c., habría que estar a ese criterio subjetivo de inquirir si el donante quiso y no pudo ejercer la acción de revocación, para en tal caso admitir su transmisión a sus herederos, criterios que encontramos en precedentes históricos del artículo 647-1 C. c. Así, en efecto, la ley 1.ª del título 12 del libro III del Fuero Real proclamaba que si «gelo dió por alguna cosa fazer y no gelo hizo el que dio las cosas puelar toller a aquél a quien gela dio, pero si gelo él no quisiere toller, sus herederos no se lo puedan toller, ni demandar, pues que aquél que gela dio no gela quiso toller». De esta suerte, afirma Torralba (53), que la acción de revocación del artículo 647 es transmisible a los herederos del donante en los casos en que éste hubiera querido revocar y por las razones que fuera no hubiera podido efectuarlo personalmente. Desde esta óptica impide la transmisión la renuncia tácita del donante, así como la posibilidad de ejercitar la acción sin hacer lo que permite presumir aquélla.

Finalmente, la dificultad de integración analógica viene planteada por la formulación negativa del artículo 653-1 C. c. A contrario supondría la transmisibilidad de la acción salvo que el donante, «pudiendo, no la hubiese ejercitado», lo que conllevaría «strictu sensu» que mediando cualquier tipo de imposibilidad, la acción se transmitiese, en contra del pretendido fundamento subjetivo-voluntarista de la acción de revocación, que ordenaría la búsqueda de la voluntad del donante. Encontrando el fundamento en la prohibición del enriquecimiento injusto, y teniendo en cuenta que se trata del ejercicio de la acción por los causahabientes del donante, pero no por causa de inoficiosidad, hay que observar que el patrimonio de éstos se ve afectado en base a la eventual voluntad del causante que a los mismos habría de transmitir el posible acrecimiento resultante del ejercicio victorioso de la acción de revocación. Ello nos conduce también a aceptar el criterio subjetivo resultante de la línea argumental antes expuesta.

---

(53) TORRALBA, *op. cit.*, p. 324.

Además, desde el punto de vista de la afectación de la donación a un destino, puede entenderse que la expectativa jurídicamente garantizada del donante se transmite a los herederos del mismo, si bien teniendo presente la presumible voluntad de aquél. Por tanto, fallecido el donante, habrá que atenderse a la existencia o no de renuncia tácita, como dice la jurisprudencia, pero con distinto alcance, respecto del ejercicio de la acción. Ello tiene mayor relevancia en el supuesto de óbito súbito del donante, antes de haber dado lugar a la presumible observación del cumplimiento o no del modo anejo a la donación. En tal caso habría de entenderse la acción viva en los herederos en cuanto voluntad del donante, en la medida que lo representan, si bien integrándola con los hechos que rodearon la manifestación de la misma al tiempo de efectuar la donación, y la intención que animó al mismo al imponer un destino o inversión determinados, y la naturaleza de éstos, en cuanto pudiera quedar afectada por dicho áleas.

Evidentemente el donante puede exigir el cumplimiento del modo en la medida en que el donatario está obligado a ello para con el donante. Así la ley 6.<sup>a</sup> del título 4 de la Partida V decía que si «aquel que rescribiere la onación en la manera sobredicha cumple la conuencia, o la postura, o faze aquello porque gelo dieron, vale el donado en todas guisas. E si non lo cumple, o non lo faze bien, puede apremiarle, que cumpla lo que prometió de fazer o que desampare la donación que le fizó». La cuestión es si esta acción de cumplimiento del modo se entiende insita en la de revocación y si pueden ejercerla los herederos a quienes se transmite la segunda. A favor de la respuesta positiva militan las razones expuestas antes en pro del criterio subjetivo, pero considerando el fundamento de la acción de revocación, habría que estar a la naturaleza de la obligación modal. Si ésta es personalísima del donatario para con el donante, se extinguiría por la muerte de éste, salvo en sus resonancias patrimoniales no personalísima. En suma, en base a la eventual voluntad del donante habría una transmisión a sus herederos de la titularidad de la obligación modal. De otro lado, ha de entenderse que la muerte juega como áleas normal de todo negocio jurídico y da fin, en principio, al mismo, si bien no a sus consecuencias, que son las aquí discutidas en cuanto a exigencia de cumplimiento de lo no realizado, debiéndolo, o de revocación como sanción adecuada a tal dejación.

Ahora bien, fallecido el donante, la acción para reclamar el cumplimiento del modo es en cierta medida más amplia que la de revocación. Podría, en efecto, considerarse que se da el supuesto del artículo 785-4.<sup>a</sup> C. c. a contrario, entendiéndose que las instrucciones del causante son las expresas de cumplimiento del modo especificadas en el acto de la donación. Así, los herederos gozarían de otro tipo de acción para exigir el cumplimiento del modo, siempre que pudiera integrarse en esta forma la voluntad del testador.

Igualmente puede suceder la conversión del acto donatario «sub modo» en la institución testamentaria modal del artículo 797, en cuyo supuesto el donatario se verá sujeto a las obligaciones allí expresadas para garantía del modo, o quede convalidada en el sentido del artículo 788 C. c. Pero ello siempre habrá de ser si hay una legitimación testamentaria y siempre que el donatario, que esté cumpliendo o haya cumplido el modo, acceda a la misma, pues la posibilidad por el testador de transformar sí el negocio lo es en cuanto unilateral, a la patología jurídica producida, en cuyo caso habrá de entenderse desaparecida, por renuncia tácita, la posibilidad de revocar ex artículo 647-1 C. c. Sin embargo, ello no sucede así cuando la donación ha sido celebrada con obligación de colacionar no siendo el donatario heredero forzoso; en este caso la conversión realizada tácitamente a la muerte del causante hace de la comunidad hereditaria vigilante del destino modal impreso por el testador. Si se trata de heredero forzoso y no media dispensa de colación, y a salvo los efectos de repudiación de la herencia de acuerdo con el artículo 1036 C. c., aunque el modo figure como pasivo en el cómputo contable de la colación, debe entenderse ahora como disposición testamentaria con aplicación del artículo 797-2 C. c. En ambos casos, mediando interesado beneficiado del modo, cabría configurarlo, a salvo la voluntad expresa del testador o tácita en otro sentido, como fideicomisario, con la obligación del donatario-fiduciario del artículo 783-2 C. c. (54).

Cabe plantear igualmente la posibilidad de que el legado tácito a que alude el artículo 879 in fine C. c. venga predicado del beneficiado del modo, y precisamente por el cumplimiento del mismo. En tal caso la revocación de la donación no quebraría este legado, convertido en tal por el fallecimiento del causante, testador. Siendo el propio donatario el beneficiado de tal forma, se entenderá legatario y caducará igualmente la posibilidad de revocación. Si bien manifestada la voluntad de accionar la misma por el causante cabría entender frustrado el supuesto que permitiría ex artículo 879-4 C. c. considerarlo legatario. La cuestión se complica cuando el donatario no es heredero ni legatario ni legitimario, no siendo por tanto el gravado, dado el artículo 858-1 C. c., y configurándose tal legado como de cosa ajena ex artículo 861 C. c., o en su caso de crédito contra el donatario tercero según el artículo 870. El legatario deberá respetar la propiedad del donatario, por el juego analógico del artículo 868 C. c.

¿A qué herederos se transmite la acción? Ante todo habrá que

---

(54) Se alude aquí a la posible yuxtaposición de dos negocios jurídicos, habiendo que atender a la voluntad del causante de su contenido, en la medida que la donación modal primera fuese precedente necesario, en su intelección, para la institución modal posterior. Sin embargo, desde la perspectiva del donatario no cabe en principio admitir una novación unilateral, por lo que salvo configuración distinta no resultaría afectado por el artículo 797-2 excepto en cuanto pudiese atraer tal resultado la aplicación bien del artículo 1.121-1 ó 1.129-2 C. c.

entender que figuran como tales los «herederos forzosos», entre los que ahora figura indudablemente el cónyuge viudo, de acuerdo con el artículo 807-3 C. c. tras la reforma operada por la ley de 13 de mayo de 1981, y ello porque a su favor juega la presunción legal de transmisión del caudal relicito del donante. Atendiendo al juego de esta voluntad, el justamente desheredado no estaría legitimado para ejercitar la acción, pero sí sus legitimarios por representación ex artículo 857 C. c., e igual argumento operaría respecto del intencionalmente preterido, si bien aquí en cuanto no resultase perjudicada su legítima y teniendo en cuenta que antes que accionar en revocación —que lo sería por enriquecimiento injusto— habría de hacerlo por inoficiosidad de la donación. Así, teniendo en cuenta que esta acción de revocación no va dirigida a la garantía de la legítima, a cuyo fin sirven las de reducción por inoficiosidad, el desheredado injustamente, que sólo puede tutelar su legítima ex artículo 851, no podrá ejercer esta acción pues a tal fin se dirige más específicamente la del artículo 654 C. c., y el interés de que representando al causante accione la revocación no se presume ahora al mediar una voluntad expresa en contra, del disponente. No sucede igual con el intencionalmente preterido, pues tal voluntad no ha sido manifestada y ante la ignorancia de lo que quiso el testador puede entrar subsidiariamente en juego el principio de prohibición del enriquecimiento injusto.

Por tanto, prevalecerá la voluntad tácita del causante sobre la presunta, y en consecuencia cabrá entender legitimado con mayor razón al heredero testamentario, ex artículos 659 y 660 C. c., así como también al legatario de parte alícuota en la medida que se entienda heredero, por presumirse la representación del testador a tales efectos, y no sólo el interés de garantizar sus derechos económicos, pues interfiriendo éste, la acción del artículo 647-1 C. c. pasaría a un plano subsidiario. Yacente la herencia, en período de comunidad hereditaria, podrá accionar cualquier partípice siempre que lo haga en beneficio de la misma, y no en el propio, pues ante extraños la comunidad hereditaria se muestra como comunidad germánica. El administrador de la herencia, el albacea o el contador partidor no estarán legitimados per se para accionar la revocación, salvo que los haya facultado el causante al amparo del artículo 901 C. c. —genéricamente legitimante de las facultades de las tres figuras— o haya determinado su ejercicio la comunidad hereditaria, actuando en representación de la misma por su mandato; pero sí podrían, en cuanto se defienda su función como representación «post mortem» del causante, continuar el ejercicio de la acción ya iniciada procesalmente, aunque no desistir, allanarse o renunciar a la acción, de la que no son titulares.

Otra cuestión, suscitada en la sentencia de 3 de diciembre de 1928, es la de si puede el cónyuge accionar la revocación no como legitimario, sino en cuanto concurrió al acto de la donación.

En el caso resuelto por aquélla se rechazó la transmisión de la acción al cónyuge legitimario, que había concurrido asistiendo y capacitando a su esposa para verificar la donación, y renunciando a la vez a los bienes a que pudiera tener derecho procedente de su esposa incluidos en la donación. La sentencia mencionada entiende de que tal renuncia no puede constituir donación por cuanto el supuesto donante no gozaba de facultad de disposición de dichos bienes (art. 635 C. c.). El tema no tiene ninguna trascendencia tratándose de bienes privativos del cónyuge. Siéndolo gananciales, habrá que entender legitimado al cónyuge en cuanto donante ex artículo 1.378-1 C. c., así como cuando su concurso sea necesario para disponer de una cuota que le pertenezca en propiedad. Cuando por el régimen económico matrimonial el cónyuge no ostente un derecho real sobre los bienes donados, no pudiendo considerársele como donante, no estará legitimado para el ejercicio de la acción a la muerte de su consorte, sin perjuicio del crédito que le corresponda según las reglas que rijan al régimen económico del matrimonio.

Finalmente habrá que determinar si pueden los interesados o beneficiados del cumplimiento del modo exigir su cumplimiento o revocar la donación. Con respecto al primer tema, la exigencia del cumplimiento del modo, tal posibilidad podría admitirse aplicando por analogía el artículo 1.257-2 C. c., en la medida que haya surgido una situación jurídica favorable al interesado, lo que aconsejará cuando la disposición ordenadora del modo lo haya configurado así, jurídicamente favorecido con un derecho subjetivo que le legitima para instar el cumplimiento del modo. En este sentido, el artículo 793-3 del Código civil italiano de 1942 previene que «per l'adempimento dell'onere può agie, oltra il donante qualsiasi interessato, anche durante la vita del donante stesso». Sin embargo, aún tratándose de un mero beneficiado, siéndolo el interés público, podría a la muerte del donante exigir el cumplimiento del modo en cuanto el garante del mismo ya no puede efectuarlo y existe en el ordenamiento jurídico una presunción habilitante de facultades al interés público personificado en la Administración pública para el logro de sus fines, la satisfacción del interés público. En este sentido, el artículo 246-2 del Código de las Obligaciones suizo dispone que «l'autorité compétente peut après la mort du donateur poursuivre l'exécution d'une charge imposée dans l'intérêt public». Igualmente, de acuerdo con el parágrafo 526-2 del B.G.B. alemán, «liegt die Vollziehung der Auflage im Offentlichen Interesse, so kann nach dem Tode des Schenkers auch die zuständige Behörde die Vollziehung verlangen». Con referencia a

---

(55) ENN-CERUS, KIPP, WOF, *Tratado de Derecho civil*, t. II. *Derecho de Obligaciones* (Ennecerus, revisado por Lehman), trad. de la 35.<sup>a</sup> ed. alemana, por B. Pérez González y J. Algur, anotadores, Barcelona, 1935, p. 135.

este último, Pérez González y Alguer (55) lo entienden trasladable a nuestro ordenamiento, poniendo como ejemplo el artículo 1º del Real Decreto de 27 de septiembre de 1912 (56). La peculiar sustantividad del interés público, dotado de un órgano, la Administración pública, para su garantía y logro, que hace del mismo jurídicamente una función, permite acoger esta posibilidad.

Sin embargo, en punto a la acción de revocación, no puede en principio mantenerse la misma postura respecto del favorecido. El Código civil italiano de 1942, p. e., pese a la disposición de su artículo 793-3 antes reseñada, sólo legitima para pedir la resolución por incumplimiento del modo al donante o a sus herederos (artículo 793-4). La facultad revocatoria, en efecto, hace referencia a un negocio jurídico entre el donante y el donatario, en el que no ha tenido intervención, ni figurado como parte, el interesado, aún legitimado para exigir el cumplimiento del modo, que en todo caso sólo dispone a su favor de la acción que le proporcione el artículo 1.101 C. c., pero no el artículo 1.124 C. c., pues no media una obligación recíproca entre el mismo y el donatario gravado. Ahora bien, nada obsta a que el donante haya configurado al favorecido como vigilante-fiduciario del destino que a los bienes donados haya de dar el donatario; en este sentido podría entenderse que está investido de la titularidad de la acción de revocación, a la muerte del donante-disponente, a fin de conseguir la reversión de los bienes al destino que hubiere dispuesto el donante o que, facultado por él, estableciera el favorecido, o, en su defecto, los legitimarios del donante (57) en cuanto fiduciarios del mismo.

En todo caso, sin embargo, habrá que atender a la voluntad del donante a efectos de la pervivencia de la acción de revocación. Si aquél ha emprendido pleito para el ejercicio de la misma, y desiste de éste, aunque ello no suponga una renuncia al derecho, no habría de ajustarse al ceñido criterio procesal, sino habría que determinar la voluntad tácita del donante respecto a la transmisión de la acción de revocación que si es una *condictio* —plasmado por tanto el principio de prohibición del enriquecimiento injusto— es también una revocación que pretende reconducir el patrimonio donado al destino presupuestado, y éste es esencialmente vicario de la voluntad del donante, fundamentalmente en el momento lógico de su fallecimiento, en que ha de presumirse lo querido por él respecto de su patrimonio para después de su muerte, en base a lo expresamente declarado o a los hechos realizados en vida.

---

(56) Ahora artículo 68-3 del reglamento de 21 de julio de 1972 de fundaciones culturales privadas, que ha derogado aquella disposición.

(57) A juicio de TORRALBA, *op. cit.*, p. 299, no pueden instar la revocación los destinatarios del modo. Cfr. al respecto la ley 163 de la Compilación Foral de Navarra.

## 2.2. *Sujeto pasivo.*

La acción habrá de dirigirse contra el donatario, y en su caso sus herederos, defiende Manresa (58). Así ha de ser en efecto si recordamos que la liberalidad es marco e instrumento del modo.

Puede suscitarse sin embargo la cuestión de la aplicabilidad por analogía del artículo 653-2 C. c. en base al artículo 1.257-1 C. c. in fine. A tal efecto, habrá que tener en cuenta la naturaleza de la obligación que para el donatario supone la cláusula modal. Siento «*intuitu personae*», tal obligación no se transmite a sus herederos, y hay que entender que la no actuación de la acción de revocación por el donante hasta el momento de su muerte permite presumir su renuncia tácita, lo que impediría el ejercicio de la acción contra los herederos del donatario. Por tanto, no pudiendo transmitirse la exigencia del cumplimiento de la obligación modal, pereciendo la misma a la muerte del donatario, habrá que entender caducada la acción de revocación. En este sentido, el artículo 562 del Código civil argentino previene que la obligación de cumplir los «cargos» pasa a los herederos del gravado con ellos, salvo que sólo pudieran ser cumplidos por él como inherentes a su persona, doctrina que hemos de entender como correcta, pues en el patrimonio del donatario entra tanto lo donado como la afectación impuesta.

Es decir, habría siempre que calibrar hasta qué punto el destino afectado a la liberalidad por la cláusula modal viene vinculado a una actuación del donatario, pues abstraído de su realización personal, objetivado, podrá ejercerse la acción contra todos los obligados a mantener la inversión ordenada, si bien con el límite del artículo 785 C. c. aplicable analógicamente.

En cambio, no cabría accionar contra los beneficiarios del modo, supuesto que no coinciden con el donatario, ya que no se trata de una acción de enriquecimiento injusto, única que procedería en su caso contra los mismos. El sujeto pasivo ha de ser necesariamente «obligado» al cumplimiento modal. Pero dicha obligación no es necesariamente real, por lo que cabe la transmisión del objeto de la liberalidad, permaneciendo en el donatario la obligación modal. En tal caso, teniendo en cuenta que la acción de revocación es real, en cuanto propende a recabar la cosa donada a que se vinculaba el cumplimiento del modo (59), la acción se dirigiría contra el donatario y «sobre la cosa», ahora ajena al mismo, figurando el modo como una suerte de «carga real» (60). El artículo 6471 C. c. vendría así a conceder una suerte de derecho de persecución sobre la cosa, que sólo perecería ante terceros de

(58) MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, 3.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1910, t. V, p. 172.

(59) TORRALBA, *op. cit.*, p. 320, puntualiza la virtualidad del modo respecto de la efectividad de la liberalidad.

(60) Tal como la concibe el artículo 782-1 del Z.G.B. suizo, o, mejor, como servidumbre personal si atendemos a su naturaleza (de la obligación del gravado).

buena fe, protegidos de acuerdo con el artículo 37-I y 37-II-2.<sup>a</sup> de la Ley hipotecaria (no se encuentran en tal situación los herederos del donatario, de acuerdo con el art. 34-3.<sup>a</sup> de la misma Ley), y en su caso los preceptos que tutelan la seguridad del tráfico jurídico, civil y mercantil.

Desde otro punto de vista, ha de cualificarse al sujeto pasivo de la acción como enriquecido-destinatario del cumplimiento modal (impediente de su realización). Ello significa que se han de dar una serie de circunstancias para que pueda prosperar la pretendida legitimación pasiva del donatario, tales como:

1.<sup>a</sup> Que se haya efectivamente incumplido la obligación modal, y no meramente suspendido o modificado no sustancialmente su contenido, en cuyo caso sólo podría prosperar la acción que reclamase el cumplimiento modal o dirigida al afianzamiento del mismo al amparo del artículo 1.121 C. c.

2.<sup>a</sup> Que tal inejecución haya tenido lugar sin título que la legitime o justifique, el cual ha de calibrarse a la vista del destino o inversión o aplicación prevista por el donante como determinante de su liberalidad. La imposibilidad de dar cumplimiento correcto a la misma, sin culpa (en sentido amplio) del donatario, daría lugar, si se quiere mantener la voluntad del disponente, a la posible mutación del destino, calificada por el depositario presunto de la voluntad del donante, aplicando analógicamente el artículo 39 C. c., que encuentra un motivo de justificación en el precepto del artículo 34-1 de la Constitución española de 1978, al presumir el interés general en la afectación de bienes a un fin determinado, aunque el beneficiado sea particular, en defecto o quebrada la voluntad expresada por el disponente, y no novada la misma por nuevo acto o convención.

Sin embargo, habría que tenerse presente la disposición más específicamente aplicable por analogía contenida en el artículo 798 C. c., que daría la pauta para la legitimidad de la ejecución diversa del modo.

3.<sup>a</sup> Que el obligado al cumplimiento se haya enriquecido, al acrecer a su caudal el patrimonio objeto de la liberalidad, detraído del perteneciente al donante, y lo haya hecho trasladando a su propio peculio la cantidad afectada al destino mentado, sustrayéndola del mismo, en cuanto se apropiá de la misma. Late aquí la exigencia de que el valor de la «carga» no exceda al de la liberalidad. En todo caso ese enriquecimiento, y aquí observamos otra diferencia con la acción específica de enriquecimiento injusto, ha de efectuarse a base del objeto de la liberalidad, pues la acción revocatoria es real.

### 2.3. *Objeto de la acción de revocación.*

En efecto, de acuerdo con el artículo 647-2 C. c., constituyen objeto de la acción de revocación de los bienes donados, acorde al carácter real de la misma, a salvo las limitaciones que para pro-

tección de terceros previene el artículo 37 de la Ley hipotecaria (61), o en su caso como se ha dicho antes.

Ahora bien, la cuestión que se plantea es si existe algún límite a la petición de revocación fijado acorde con la cuantía del enriquecimiento efectivo del donatario, que sería correlativo al incumplimiento efectuado de la cláusula modal. Como dice E. Bettì (62), «la liberalidad constituye el presupuesto de la obligación modal, la cual no surge sino después de que la persona obligada haya recibido efectivamente la ventaja que se le atribuye, ya que el concepto es que de la liberalidad de que se beneficia obtenga los medios para la realización de la carga impuesta». Considerando estrictamente este punto de vista, la revocación alcanzaría los bienes donados hasta la medida del enriquecimiento «actual» del donatario gravado, merced al incumplimiento del modo, constituyendo de esta suerte la alternativa a la exigencia de su cumplimiento, análogamente al supuesto del artículo 1.124 C. c. De donde habría una doble limitación:

1.<sup>a</sup> Que sólo recaería la acción sobre los bienes donados en cuanto su acrecimiento al caudal del donatario supusiera un enriquecimiento injusto para éste, considerándose en el resto presente el ánimo de liberalidad.

2.<sup>a</sup> Que la justicia de tal enriquecimiento habría de calibrarse en conexión con el grado de incumplimiento del modo.

En efecto, no puede permitirse un enriquecimiento injusto a costa del donante, cual supondría la revocación de lo donado, excediendo del perjuicio causado por la frustración de la expectativa de destino modal afectada a la liberalidad. Así el Código de las Obligaciones suizo yuxtapone a la acción de revocación la medida de la restitución que aquella conlleva, disponiendo en su artículo 249 que «le donateur peut révoquer les dons manuels et les promesses de donner qu'il a executé et actionner en restitution JUSQU'A CONCURRENCE DE L'ENRICHISSEMENT ACTUEL de l'autre partie: ... 3.<sup>o</sup>. Lorsqu'il n'execute pas, sans cause légitime, es charges gravant la donation».

La protección patrimonial del donatario exige delimitar la medida de su posible enriquecimiento, dentro del marco de la liberalidad efectuada. Así, según el artículo 246-3.<sup>o</sup> del Código de las Obligaciones suizo, «le donataire est en droit de refuser l'exécution d'une charge (que puede exigir el donante en los términos pactados) en tant que la valeur de la liberté ne couvre pas les frais et que l'excédent ne lui est pas remboursé», al igual que el artículo 793-2 del Código civil italiano de 1942 establece que «il donatario è tenuto all'adempimento dall'onere entro i limiti del valore della cosa donata». La obligación modal del donatario sólo discurre en el cauce de la liberalidad; la afectación al destino modal del caudal donado no puede exceder de éste.

(61) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, t. IV, cit., p. 228.

(62) E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2.<sup>a</sup> ed. Torino, 1960, pp. 552-553.

De ahí que el donatario pueda exigir una nivelación patrimonial que un enriquecimiento injusto a costa del donante destruiría. Así lo prevé el parágrafo 526 del B.G.B. alemán: «Soweit infolge eines Mangels im Rechte oder eines Mangels der verschenkten Sache der Wert der Zuwendung die Höhe der zur Vollziehung der Auflage erforderlichen Aufwendungen nicht erreicht, ist der Beschenkte berechtig, die Vollziehung der Auflage zu verweigern, bis der durch den Mangel entstandene Fehlbetrag ausgeglichen wird. Vollzieht der Beschenkte die Auflage ohne Kenntnis des Mangels, so kann er von dem Schenker Ersatz der durch die Vollziehung verursachten Aufwendungen insoweit verlangen, als sie infolge des Mangels den Wert der Zuwendung übersteigen».

Así pues, el destino de los bienes donados queda conectado a la obligación modal, revocándose la donación en la medida en que no se dio a aquéllos efectivamente la inversión ordenada, siendo necesario para el cumplimiento del modo tal afectación. Este es el sentido de la norma contenida en el parágrafo 527 del B.G.B. que, consecuentemente, considerando la revocación como remedio subsidiario a la pretensión de cumplimiento del modo, exceptúa la acción «wenn ein Dritter berichtig ist die Vollziehung der Auflage zu verlangen». El citado precepto dispone: «Unterbleibt die Vollziehung der Auflage, so kann der Schenker die Herausgabe des Geschenkes unter den für das Rücktittsrecht bei gegenseitigen Verträgen bestimmten Voraussetzungen nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung insoweit ferdern, als das Geschenk zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen».

Es decir, habremos de estimar en qué medida opere un enriquecimiento injusto debido al recobro por el donante de los bienes donados, incumplida la carga o «condición». Si ésta opera «ipso iure», en la medida que el modo era el móvil determinante o constitutivo de la causa del negocio, hay que entender que no cabe un enriquecimiento injusto por el donante, sino exclusivamente la posibilidad de una novación donataria en el supuesto de que no ejercite la facultad revocatoria. Pero en cuanto el modo-causa final instrumentaliza la causa eficiente de la donación, ánimo de liberalidad, que lo enmarca, habrá que entender limitada la revocación por la posibilidad de enriquecimiento injusto del donante al ejercitárla, ya que en la medida no instrumentalizada opera plenamente la causa de liberalidad.

En definitiva, se tratará de un problema de calificación, no de interpretación, según la figura sea donación onerosa (art. 622 C. c.), que atraería la aplicación del artículo 1.124 C. c., no limitado en su ejercicio por la especificación de la prohibición del enriquecimiento injusto que opera en la esfera del artículo 647-1 C. c., pues si no fuere así habría que entender esta norma como un supuesto de rescisión en que no jugase la limitación, esencial a la figura, del artículo 1.294 C. c.; o bien la donación sea «sub modo», en que juega plenamente lo antes expuesto.

Siguiendo esta línea discursiva, cabe entender que el donante está obligado a facilitar el cumplimiento de la obligación modal, o al menos a no impedirlo, a no truncar las expectativas de derecho creadas a favor del donatario, acción que podría traducirse en perjuicios económicos indemnizables para este caso de revocación si hubiere mediado alguna de las circunstancias a que alude el artículo 1.101 C. c. por parte del donante, que reducirían el ámbito objetivo de la antedicha acción.

Todas estas circunstancias deberán ser ponderadas por los tribunales al aplicar el artículo 647-1 C. c. para delimitar el ámbito objetivo de la revocación instada, debiendo atender a la medida del cumplimiento del modo, del enriquecimiento de las partes, y de la justicia de sus comportamientos a la luz de la virtualidad revocatoria de la donación modal antes señalada. De otro lado, nada obsta a tener en cuenta, paralelamente a la revocación, pero diferenciada de ella, la posible acción por las partes respecto a la evaluación económica de las obligaciones e intereses asumidos ante su cumplimiento o resolución, a la luz de los principios generales del Derecho de Obligaciones.

Respecto de los frutos habrá que aplicar el principio del artículo 651-2 C. c. que sigue el criterio del artículo 353 C. c., entendiendo al donatario propietario hasta el momento en que deja de cumplir la «condición», retroactivamente determinado por el juzgador tras el ejercicio de la acción de revocación. A partir de ese momento habrá que indagar la existencia de mala fe por parte del donatario a efectos de precisar la pertenencia de las accesiones y el reembolso de los gastos según los principios generales que inspiran respectivamente la accesión y la posesión.

Caso de subrogación real del objeto donado, hay que tener en cuenta, con la «ratio» que inspira la sentencia de 19 de octubre de 1973, que no tienen el concepto de frutos, no siéndoles por tanto aplicables el régimen del artículo 651-2 C. c., los hipotéticos beneficios derivables del primitivo objeto donado, ya invertido y operada en consecuencia la subrogación real. En definitiva, los principios generales del Derecho patrimonial son aplicables a efectos del bien donado. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que tal subrogación ha de encajar en la inversión presupuesta por el destino modal.

Ejercitando la acción otro legitimado distinto del donante en los supuestos en que sea factible, habrá que respetar el destino por aquél fijado para los bienes, puesto que no se trata con la acción de revocación de sancionar económicamente al donatario gravado, sino de merced a la misma obtener el logro del propósito que se añadió a la donación y cuya frustración ha sido la determinante del enriquecimiento injusto que se pretende obviar. En este sentido puede entenderse el artículo 12 del Reglamento de bienes de las Corporaciones locales antes aludido. De esta forma, al ejercitar la acción otro titular distinto ha de entenderse

que adquiere una cierta cualidad de fiduciario del donante, ponderando siempre la inversión ordenada, y el círculo de intereses afectados que podrían hacer innecesaria una tal cualificación.

#### 2.4. *Ejercicio de la acción de revocación.*

La doctrina entiende aplicable al ejercicio de la acción el plazo de cuatro años prescrito por el artículo 1.299 C. c., computado desde que el donante conoció el hecho y pudo ejercitarse la acción (63), es decir, desde que pudo nacer el propósito de revocar en el mismo. Más restrictivo, por seguir otro criterio que prescinde de tal consideración subjetiva, el artículo 251-1 del Código de las Obligaciones suizo ordena que la «révocation peut evoir lieu dans l'année à compter du jour où le donateur a eu connaissance de la cause de révocation».

Atendiendo al criterio del supuesto habilitante de la revocación, el momento de inicio del cómputo de plazo de prescripción de la acción ha de situarse en el instante de frustración de esa expectativa de destino modal del donante. En tanto dicha quiebra no alcance esa categoría, podrá el donante actuar exigiendo el cumplimiento del modo, al amparo del artículo 1.121 C. c. Ahora bien hay que tener en cuenta que la voluntad obstativa del donatario al cumplimiento modal habilita la acción del artículo 647-1 C. c., a salvo las prescripciones del artículo 798 C. c. De otro lado hay que entender implícito en el negocio un término para el cumplimiento modal, determinado conforme a la índole de la inversión ordenada y al móvil que inspiró al donante a efectuar la misma —plasmado en el criterio de no perjuicio de la expectativa del beneficiario—, la cual no sólo se encuentra objetivada en el interés que tiene respecto del destino modal sino asimismo presente en la razón que indujo al donante a suscitarla. De esta suerte serían aplicables el artículo 1.128-1 y 1.129 C. c. y en su caso el artículo 1.128-2 C. c.

En cuanto a la prescripción de la acción de revocación, a favor del término de cuatro años juega el argumento de considerar la donación modal como un supuesto especial de contrato oneroso, y el artículo 647-1 C. c. una suerte de especificación del artículo 1.290 C. c., y además el razonamiento «a contrario» de inaplicabilidad del artículo 652 por ser distinto el fundamento de la revocación en ambos casos, al no ser aquí tanto una pena con que puede sancionar el donante un hecho del donatario cuanto la consecuencia de los principios generales del Derecho de Obligaciones. Efectivamente, el legislador no ha previsto un régimen unitario respecto de la revocación de donaciones, como resulta de la comparación entre los artículos 645 y 652 C. c. Asimismo la acción procedente

(63) En este sentido cfr. PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, t. II, vol. 2.º, cit., p. 92; MANRESA, t. V, cit., p. 172; PUIG PEÑA, *Donación, Nueva Encyclopedie Jurídica*. Barcelona, 1955, p. 807.

del artículo 647-1 C. c. es real, pareja en cierto modo a la establecida por el artículo 1.290 del propio Cuerpo legal, y de ahí que sea aceptable la solución doctrinal, teniendo de otra parte en cuenta que se trata de un plazo de prescripción, y no de caducidad, consecuencia de aceptar un criterio subjetivo para la determinación del juego de la cláusula modal.

El donatario puede oponer como excepciones las causas de extinción de las obligaciones, que tal es la exigencia de cumplimiento del modo. Puede, asimismo, de acuerdo con el régimen general de las obligaciones, oponer la nulidad de la cláusula modal, que por su accesoria no arrastra la de la donación, salvo que se hubiera configurado como móvil determinante de la misma, y ello debe hacerlo en plazo oportuno, antes de la prescripción de su derecho. De otro lado, hay que tener en cuenta que realizando el donatario el modo en forma distinta a como se dispuso su cumplimiento por el donante (al amparo del art. 798-1 C. c.), ha de instar en plazo oportuno la declaración de estar bien cumplido el mismo, si quiere oponerlo como excepción, teniendo en cuenta el momento en que se inicia el cómputo de prescripción de la acción de revocación, cuestión a la que incidentalmente alude la sentencia de 21 de octubre de 1967. Así, pues, el donatario puede oponer, ocasionando el incumplimiento por el donante, el artículo 1.119 C. c., como declara la sentencia de 17 de marzo de 1941 (propriamente sería el art. 798-2 C. c.), aunque tanto éste como la presunta novación de la obligación modal por el donante no pueda derivarse de actos equívocos (sentencia de 12 de mayo de 1909). O, como hemos señalado, puede oponer las generales del Derecho de Obligaciones, o también la excepción de «fraus legis» por parte del donante, como, aun no mentándolo, aparece en la «ratio» de la sentencia de 23 de marzo de 1968. Puede igualmente el donatario desvirtuar el ejercicio de la acción revocatoria, fundada su oposición en la inejecución por causa legítima, que excluiría la posibilidad de enriquecimiento injusto y dejaría exclusivamente a salvo la acción de indemnización por daños y perjuicios del artículo 1.101 C. c., y, en su caso, de exigencia de cumplimiento del modo en forma distinta, previa declaración de la misma, en el cauce del artículo 798-1 C. c.

En cambio no será oponible la alegación de ser subsidiaria la acción de revocación de la de petición de cumplimiento modal, ni siquiera en el supuesto contemplado por el artículo 797-1 C. c., ya que aquí se configura la restitución como resolución y no como revocación, y motivada por el incumplimiento, a más que en este caso tampoco sería obligado proceder así por analogía con el artículo 1.124 C. c. (64).

Fijándonos en las condiciones que posibilitan el ejercicio de la acción de revocación conviene puntualizar:

---

(64) El argumento se refuerza si entendemos la revocación como «fiduciaria» respecto del destino modal, como más adelante se explica.

1.<sup>o</sup> Que es necesario que la liberalidad haya sido efectivamente realizada, en la medida que sólo desde ese instante puede el donante exigir el cumplimiento del modo. Así, el parágrafo 525-1 del B.G.B. alemán previene «*wer eine Schenkung unter eine Auflage macht, kann die Vollziehung der Auflage verlangen, wenn er seinerseits geleistet hat.*»

2.<sup>o</sup> Que ha de constituir el modo móvil determinante de la donación, ligado al ánimo de liberalidad en cuanto lo instrumentalice para poder ejercitar la revocación, pues en otro caso habrá de reputarse el acto como mero contrato de causa mixta, pudiendo solamente pedirse la resolución al amparo del artículo 1.124 C. c. cuando proceda (arg. art. 622 C. c.). Dicho de otra manera el modo constituye la medida y el grado del posible enriquecimiento injusto que la acción de revocación vendría a reparar, y no simplemente una «misura» enmarcada en la liberalidad que permite a ésta establecer las condiciones (no en sentido vulgar) de permanencia, propia. De esta manera evitamos un peligroso subjetivismo que está presente en la siguiente afirmación de Torralba (65): «... hay que suponer que normalmente el donante sólo pedirá la revocación cuando el modo hubiera tenido para él tal importancia que, de saber que no se iba a cumplir, no habría realizado la liberalidad, esto es, cuando hubiere sido determinante, pues si era accesorio lo lógico es que mantenga la donación a pesar de la falta de realización del gravamen modal. El problema es más grave cuando deban ejercitar dicha acción los herederos del donante, pues se corre el peligro de que pidan la revocación aun en los casos de modo no determinante. Por ello creemos acertado el criterio mantenido por el Tribunal Supremo... consistente en negar la transmisión de la acción a los herederos cuando el donante la pudo ejercitar y no lo hizo, admitiendo que los herederos sólo pueden pedir la revocación cuando el donante hubiera querido, pero no hubiera podido hacerlo personalmente». No se trata, en efecto, de una pena que impone el donante, sino de una sanción que dispone el ordenamiento jurídico en garantía de un destino afectado a una liberalidad. Considerado así queda eliminada la posible discrecionalidad en la apreciación de la voluntad, tanto presunta como tácita del donante; sin perjuicio de que la realidad nos ofrezca figuras distintas que los tribunales habrán de calificar atendiendo a los modelos que ofrece el global ordenamiento, y no solamente éste por ser el más cercano. El incumplimiento de cargas lo es por frustrar el destino afectado a la liberalidad. Y así puede argumentarse analógicamente en base al artículo 1.344, párrafos 2.<sup>o</sup> y 3.<sup>o</sup> del Código civil.

3.<sup>o</sup> En consecuencia, como dice Santamaría (66), el «incumplimiento, para constituir causa de revocación, ha de ser verdadero

(65) TORRALBA, *op. cit.*, p. 300.

(66) J. L. SANTAMARÍA CRISTÓBAL, *Comentarios al Código civil*, t. I. Madrid, 1958, p. 649.

y propio, por representar una contravención esencial a la obligación, sin que baste un mero retraso, ni un incumplimiento no imputable al donatario. A este respecto puede tenerse en cuenta la doctrina señalada por la jurisprudencia<sup>67</sup> respecto de la resolución de las obligaciones recíprocas de acuerdo con el artículo 1.124 C. c. Así, entienden Pérez González y Algur (67) que para determinar el incumplimiento habrá que estar a las reglas generales de las obligaciones. Pero sobre todo, y además, habrá de ponderarse a tal efecto el fraude en el destino previsto por el donante para sus bienes, y no sólo objetivamente, sino mediando causa «ilícita», lo que equivale a decir que la concurrencia de una causa de justificación obsta al ejercicio de la acción de revocación. Ello no quiere decir que el donatario pueda novar por sí, apreciando a su juicio las circunstancias imposibilitantes, el acto modal, sino que puede ofrecer, y el donante aceptar o en su caso el juez imponer, una modificación equitativa, por analogía con los supuestos de alteración de las circunstancias (68), atraídos por el artículo 798-1 CC. De otro lado, ha de considerarse el término implícito para el cumplimiento modal, antes indicado (69).

4.º Que no hace falta pacto posibilitando dicha acción, como exige el artículo 793-4 del Código civil italiano de 1942 (70). Tampoco lo exige el artículo 246-1 del Código de las obligaciones suizo, al disponer que «le donateur peut exiger, dans les termes du contrat, l'exécution d'une charge acceptée par le donataire», pues la previsión contractual va dirigida al cauce de cumplimiento modal y no a enmarcar la acción de revocación. A juicio de Torralba (71) «parece muy acertado el criterio del Código civil italiano, pues ya se sabe que, en principio, la no realización del modo no es causa de decadencia de la disposición principal, salvo que aquél fuera determinante. Por ello, el sistema más apropiado será el de hacer constar en la escritura de donación que el incumplimiento dará derecho a pedir la revocación, aunque, claro está, parece insuficiente que de los términos de dicha escritura se pueda inferir que era ésta la voluntad del donante». Reconoce, sin embargo, a continuación que no lo exige el artículo 647-1 CC, aunque nada impide a su juicio el pacto de que el incumplimiento del gravamen modal no dará derecho a pedir la revocación. Ahora bien, tal como hemos configurado la acción de revocación, hay que entender que es renunciable, de acuerdo con el ar-

(67) En *Comentarios a Ennecerus...*, t. II, cit., p. 135.

(68) Cfr. la regulación del Código civil italiano de 1942 de la cláusula «rebus sic stantibus» y en particular el artículo 1.467-3.<sup>a</sup>

(69) Si, por ejemplo, el gravamen consiste en un pacto de convivencia, y ésta no existe previamente por disensiones entre los interesados, la donación modal debe entenderse en principio como artificio para «fomentarla», de donde cabe articular un «calendario» para el desarrollo de la misma.

(70) Así, ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 288, pues nace de la ley.

(71) TORRALBA, *op. cit.*, pp. 299-300.

título 652-1 C. c., al dejarse su ejercicio a instancia del donante, en forma tácita, presunta o expresa. Pero la renuncia anticipada, que tal sería el pacto excluyendo el «derecho de revocación» (como dice Torralba) desvirtuaría el gravamen dejándolo convertido en un «modus simplex», asimilable la figura a la donación pura, o convirtiendo la donación en onerosa al permitir el artículo 1.124 C. c., y no podría hablarse por tanto del supuesto del artículo 647-1 C. c. Sin embargo, cabe que el donante excluya la posibilidad de otro cumplimiento diverso del destino afectado expresa mente a la liberalidad, y tal sería presuntamente el significado del pacto de revocación expreso, aunque en todo caso el juez debería calibrar el ofrecimiento de alteración hecho por el donatario ante la concurrencia de causa legítima inhabilitante del cumplimiento modal en los términos pactados, instada acción declarativa por el donatario.

5.<sup>o</sup> Que no es precisa la denuncia o preaviso para el ejercicio de la acción de revocación, tema que conecta con la ligazón entre esta acción y la posible opción por la exigencia del cumplimiento del modo. Según la sentencia de 19 de enero de 1901, no es preciso, antes de optar por la revocación, reclamar el cumplimiento de las «condiciones» impuestas en la donación, aun cuando pueda hacerse. No se aplica por tanto el artículo 1.294 C. c., y ello porque esta acción difiere de la de rescisión en cuanto se aplica a un acto contractual válidamente celebrado cuya patología sobrevenida da lugar al remedio proporcionado por el ordenamiento jurídico, en tanto la rescisión si bien parte del mismo presupuesto, no atiende a una patología jurídica ulterior, sino a una calificación negativa de la justicia de la situación por el ordenamiento que así da una sanción legal para subvenir a la misma.

### 3. *Naturaleza de la acción de revocación: sentido del art. 647-1 C. c.*

Tras este panorama de las vicisitudes que pueden acontecer en torno a la acción revocatoria del artículo 647-1 C. c. podemos afirmar que aquí se concede al donante un poder jurídico de instar la sanción prevista por el ordenamiento en el supuesto de incumplimiento ilegítimo de las cargas con que fue gravada la donación, a fin de restablecer el equilibrio patrimonial «injustamente» truncado por dicho incumplimiento.

No se trata, por tanto, como en la rescisión, de dar un remedio subsidiario a la lesión producida a una parte. En primer lugar no hay propiamente una lesión, ni «legal» (así calificada por el ordenamiento en base a criterios metajurídicos), ni «real» (dado que el incumplimiento modal no puede estimarse como tal, y su resonancia en el patrimonio del donante para nada modifica la dinámica ni la naturaleza de esta acción), sino más bien la sustracción de la liberalidad al destino o afectación ordenado modalmente. En segundo lugar no es preciso probar la existencia de un perjuicio,

sino únicamente de la posible causa del mismo, la quiebra de la expectativa de destino modal del donante. Finalmente no es una acción subsidiaria, sino principal, como remedio fundamental articulado por el ordenamiento para garantizar la inversión presupuesta por el donante. Sin embargo, ello no impide la aplicabilidad por analogía del artículo 1.298 C. c., en cuanto la acción ex artículo 647-1 C. c. es real.

Por otro lado, hay que destacar que la acción de revocación se dirige a hacer efectivo el interés que era garantizado por el eventual cumplimiento del modo, y por ello no es propiamente una acción resolutoria. Sin embargo, la sentencia de 16 de diciembre de 1930 entiende genéricamente aplicable el artículo 1.124 C. c. en cuanto supone una donación onerosa del artículo 622, pero en el caso debatido en autos se trataba de una donación a cambio de una pensión anual, que semejaba un contrato de renta vitalicia. La sentencia de 30 de diciembre de 1961, por su parte, estima que caso de calificar la donación como onerosa, de acuerdo con el artículo 622 C. c., se llegaría al mismo resultado mediante la aplicación del artículo 1.124 ó 647-1 C. c., lo que siendo discutible en la práctica no deja de destacar que el procedimiento a seguir sería diverso, y por tanto vario el grado de protección concedido, y en consecuencia sanción proporcionada por el ordenamiento.

No es, en efecto, la de resolución, la misma acción, ni sus objetivos y consiguientemente el resultado que produce son los mismos:

1.º No existe en la donación modal una auténtica reciprocidad, al ser la obligación modal accesoria, integrando el interés del donante en su caso el objeto de la donación, lo que no obsta a que se configure el modo como una obligación entre el gravado-donatario y el interesado-beneficiario, sin que ésta sin embargo sea recíproca.

2.º Se exige para el ejercicio de la revocación el incumplimiento del modo, pero no necesariamente un incumplimiento imputable al donatario, sino más bien «dejar de cumplir» el gravamen —sin causa legítima y, si media, sin que el donatario ofrezca instando tal declaración una novación aceptable y adecuada—, no exigiendo en consecuencia probar la existencia de una voluntad contraria al cumplimiento del modo o de un hecho obstativo en modo definitivo del mismo, como exige la jurisprudencia del Tribunal Supremo para dar cabida al artículo 1.124 C. c.; meramente exige «dejar de cumplir» lo ordenado modalmente sin que ninguna razón lo justifique legítimamente, que se traduce en lo que hemos señalado antes como quiebra de la expectativa de destino del donante.

3.º No se trata de una acción de resarcimiento de daños de carácter personal y sujeta al plazo de prescripción del artículo 1.964 C. c., sino de una acción real —por el sentido que da la liberalidad configurada como garantía o responsabilidad del dé-

bito modal — que no exige por tanto la prueba de los daños, que no constituyen su objeto.

4.º No se pretende resolver una obligación, la modal, sino hacer efectivo un destino de los bienes donados por un medio específico, sea revirtiendo al donante para que así lo disponga, sea a otro titular legitimado para su ejercicio que al mismo provea en cuanto fiduciario del donante.

Parece por tanto que la revocación ha de entenderse como fiduciaria respecto de la necesidad de velar por el destino afectado primigeniamente, a salvo que la concurrencia de circunstancias habiliten al donante para dar por caducado aquél, y disponer nuevamente de tales bienes como libres. Si bien hasta la quiebra de la expectativa del destino para poner en marcha el mecanismo revocatorio, es precisa la inhabilidad de pervivencia del mismo para dar por caducado el modo con respecto al donante, a la liberalidad cuya inversión lo asegura.

Así pues, la acción de revocación del artículo 647-1 C. c. aparece como una suerte de especificación «sui generis» del principio general del Derecho de Obligaciones reflejado en el artículo 1.124 C. c.; denota el postulado revocatorio de las donaciones por libérrima voluntad del donante, y así se hace patente en la jurisprudencia; pero tiene el sentido de concretar un principio general del Derecho, el de prohibición del enriquecimiento injusto, y éste configura la misma de suerte que delimita su ámbito de aplicación, la donación modal, tal como la hemos configurado, a la que caracteriza su virtualidad revocatoria. Que este sentido pueda quedar oculto por el primado de otras consideraciones no es óbice a que siga siendo el que posee el artículo 647-1 C. c. (72).

Vemos por tanto que el supuesto de hecho que atrae la cobertura de este precepto es la existencia de un patrimonio destinado a una finalidad, afectada ésa a una liberalidad así instrumentalizada, la cual permite, enmarcándola, la fiducia rectora de aquel destino. Este supuesto de hecho es el que explica la situación jurídica que se produce cuando un modo en donación se erige en base del negocio y es a la vez presuposición determinante del acto. Tal situación es la que explica la institución de la donación «sub modo», en que éste se encuentra con aquélla en relación de accesoria final, respecto de la causa eficiente que es el ánimo de liberalidad, expresado ello en la pendencia de la figura en la medida que se fruste aquella finalidad, dado el artículo 647-1 C. c. Y es esta institución la que permite comprender la íntima ratio del mencionado precepto, la revocabilidad de una liberalidad gravada con una «condición» o carga.

(72) Apuntamos asimismo que este principio que da sentido al artículo 647-1 C. c., plasmado en la teoría de la indemnización, rige igualmente el régimen del artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, siquiera la jurisprudencia en un primer momento no aplicase la virtualidad indemnizatoria que concede su párrafo 3.º a los supuestos indicados en el 1.º

Son estas consideraciones las que construyen dogmáticamente el modelo que el ordenamiento jurídico proporciona, significado por el artículo 647-1 C. c., y que los tribunales deben atender cuando postulan una tal calificación al caso contemplado.

En cuanto norma dirigida a los jueces, norma secundaria (73), postula:

1.º La necesidad, para dar virtualidad al mandato en ella contenido, de calificar el supuesto de hecho habilitante del mismo en torno a las siguientes coordenadas:

- a) La existencia de una donación modal, configurada tal como lo hemos hecho antes.
- b) La efectiva transferencia patrimonial del donante al donatario de una liberalidad.
- c) La afectación de la misma al destino articulado como modo por el donante.
- d) La frustración de tal expectativa del donante en cuanto haya de ser realizada la inversión por el donatario, en el marco de la liberalidad operada.
- e) La existencia a consecuencia de dicha quiebra de un enriquecimiento «ilegítimo» del donatario en base a tal liberalidad.
- f) La desaparición, sobrevenida a causa del incumplimiento modal, del ánimo de liberalidad del donante en la medida de dicho enriquecimiento del donatario, observable objetivamente en la apreciación de que el retorno patrimonial no motivará un acrecimiento injustificado del caudal del donante (injustificado porque sigue teniendo validez el destino modal sin dicho retorno).

2.º La orden de revocar la donación en tal supuesto siempre que:

- a) Sea instada por el titular primitivo de la liberalidad o sus causahabientes en su caso (como antes se indicó), en tiempo y forma.
- b) La revocación se circunscriba al objeto donado.
- c) La petición de revocación no suponga un medio fraudulento («fraus legis») de destrucción del destino modal.
- d) La revocación sea cauce (fiduciaria) para el apropiado cumplimiento modal, en el supuesto en que éste no se vea imposibilitado por estar vinculado al donatario —en cuyo caso no tiene vigencia este requisito.

En cuanto norma que vela por el mantenimiento del orden jurídico en las relaciones contractuales, norma primaria (74), hemos de observar en la misma:

(73) Cfr. el concepto de la misma en N. BOBBIO, *Ancora sulle norme primarie e secundarie*, trad. esp. en el vol. “Contribución a la teoría del Derecho”. Valencia, 1980, pp. 317 ss. Ello no quiere decir que el artículo 647-1 C. c. sea una norma secundaria, como ciertamente sería el artículo 3-1 C. c., sino que se examina aquí en la perspectiva que tal visión de la misma ofrece.

(74) Cfr. su análisis en N. BOBBIO, cit. en la nota anterior.

1.º La confluencia en ella más que de un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica, de:

a) La actualización de la virtualidad revocatoria de la donación modal.

b) La prohibición de un enriquecimiento injusto por cualquiera de las partes en base a la vicariedad del modo respecto de la liberalidad, y

c) El logro de la expectativa de un destino, el modo, de la liberalidad impreso a la misma por el donante.

2.º La articulación de estas tres dimensiones en unos momentos lógicos, genético, potencial y funcional, respectivamente, de la figura jurídica sometida al imperio de dicha norma. Ellos dan la medida sucesivamente, de la legalidad, legitimidad y eficacia (75) de tal revocación.

Con esta perspectiva el artículo 647-1 C. c. viene a tener el sentido de revocación «fiduciaria» de un destino modal vinculado. Ello marca la diferencia de esta acción con las demás de revocación de donaciones; indica que la transmisión de propiedad efectuada por la liberalidad no es fiduciaria, y correlativamente, que no puede tal revocación considerarse como reversión (76), pues la carga modal más que aproximarse a la condición resolutoria tácita lo hace a la carga real, dado el juego de accesoriedad del modo que excluye la originaria autolimitación volitiva del donante en su transmisión de propiedad. Tal sería el núcleo de «ius cogens» indicativo del pleno sentido del precepto.

(75) No se pretende en el texto un análisis estructural de la norma contenida en el artículo 647-1 C. c., sino de las dimensiones que han de permitir su comprensión (para una exposición de la tridimensionalidad del Derecho cfr. E. DÍAZ, *Sociología y filosofía del Derecho*. Madrid, 1976, especialmente pp. 52 ss.) no orientadas en una perspectiva normativista, sino abiertas a la problemática que puede presentar el fenómeno jurídico.

(76) La revocación no es fruto de un derecho de propiedad que en ella encuentre su expresión (como acontece, p. e., con la reversión expropiatoria del artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa), sino de una "fiducia", o si se quiere "protectorado", del donante respecto al destino modal.

# ESTUDIOS LEGISLATIVOS

## ¿... de dominio? (A propósito del artículo 464)

PEDRO PORRAS IBÁÑEZ,

Notario

Es una vez aclarado que la palabra «dominio» la empleamos como sinónimo de «derecho de cuya posesión se trate», cuando nos preguntamos:

¿Adquisición de dominio?

¿Incluso del «non domino»?

Porque sorprende, fuertemente, que las tres interpretaciones del artículo 464 de nuestro Código civil converjan en una misma idea: «equivale» es «adquiere» el dominio, en el sentido expresado con el que empleamos esta palabra.

En lo que las tres varían, como es sabido, es en el «cómo» se adquiere.

Para la interpretación tradicional o «romanista»: con título aligerado en usucapión ordinaria.

Para la llamada «germanista»: «ex lege» y «a non domino».

Y para la divergente de las dos anteriores: con prueba aligerada en reivindicación.

Sorprende, y fuertemente, repetimos, porque, a la vez, las tres tropiezan en este insalvable escollo: encerrar a la equivalencia en el círculo infranqueable de la adquisición del dominio (dominio en el sentido dicho) —usucapión; «ex lege» y «a non domino»; reivindicación.

Obstáculo insoslayable pues que les impide salir de ese fortificado círculo y ya fuera de él, ver cómo la equivalencia

— lo es para que haya título válido para recobrar y retener la posesión natural (en sumario procedimiento interdictal) o la posesión civil (en juicio ordinario mediante la acción publiciana);

— lo es para que haya título válido a efectos de la percepción de frutos, a lo que la posesión faculta; y

— lo es también, claro está, para que haya título válido en el usucapir ordinario.

En suma, para ver que el artículo 464 sólo y exclusivamente regula la posesión.

Pero, no. No es esto lo que nos dicen quienes, inmersos en una u otra de las tres interpretaciones, se ocupan del precepto contenido en el citado artículo.

Así lo demuestra esta enumeración cronológica de autores, dejando al margen su encasillamiento, toda vez que a nada conduce respetar las variantes —usucapir, «ex lege» y «a non domino», reivindicación— de una idea hoy generalizada pero no, por ello, cierta, a saber: adquisición del dominio (dominio en el aludido significado):

NAVARRO AMANDI («Cuestionario del Código civil reformado», T. II, Madrid 1889, pág. 190): el precepto del artículo 464 permite a efectos de reivindicación del dominio, la prueba en contrario del despojo ilegítimo.

MODESTO FALCON («Exposición doctrinal del Derecho civil español común y foral», T. II, 5.<sup>a</sup> ed., 1987, págs. 218 y ss.): la posesión suple, a falta de él, el título de propiedad de las cosas muebles,

SANCHEZ ROMAN («Estudios de Derecho civil», T. III, 2.<sup>a</sup> ed., 1900, pág. 463): la acción reivindicatoria de bienes muebles... tropieza con la equivalencia.

COMAS («La revisión del Código civil», T. V, 1902, pág. 262): la equivalencia lo es al título que sirve para la prescripción regular u ordinaria.

BARRACHINA («Derecho Foral español», T. II, 1912, págs. 134 y ss.): la equivalencia es título para prescribir.

DE BUEN («De la usucapión», Alas, De Buen y Ramos, 1916, pág. 263): el artículo 464 establece una presunción de justo título a los efectos del artículo 1955.

PELLA Y FORGAS («Código civil de Cataluña», T. II, 1917, página 151, nota 3): la equivalencia es una presunción de propiedad.

ALAS («Estudios sobre la publicidad en el Derecho privado», III. La publicidad y los bienes muebles. 1920, págs. 177 y s.): el artículo 464 regula fundamentalmente relaciones entre terceros y admite una adquisición «a non domino».

TRAVIESAS («Extinción y reivindicación del derecho de propiedad», Rev. Dcho. Priv., vol. VIII —jul.-agos.— 1920, págs. 206 y ss.): el artículo 464 únicamente sienta una presunción «iuris tantum» de propiedad.

MANRESA («Comentarios al Código civil español», T IV, 5.<sup>a</sup> ed., 1931, págs. 296 y ss): el artículo 464 impide al dueño reivindicar, salvo excepciones.

VALVERDE («Tratado de Derecho Civil Español», T. II, 4.<sup>a</sup> ed., 1936, pág. 269): al dueño de una cosa mueble no le basta, para reivindicarla, presentar sus títulos de propiedad.

GARRIGUES («Curso de Derecho Mercantil», T. I, 1936, pág. 414): la adquisición «a non domino» se da en el artículo 464 con sólo dos requisitos: haber buena fe y no haber pérdida o privación ilegal.

PEREZ GONZALEZ Y ALGUER (Notas al Derechos de Cosas, de Wolff, V. I, 1936, pág. 414): el artículo 464 no admite otra inter-

pretación que la de considerar la posesión de buena fe respecto de los muebles como un modo de adquirir la propiedad.

VALLET («Estudios sobre Derecho de cosas», 1973): la equivalencia al título, que refuerza la presunción de dominio (pág. 467), el artículo 464 se ha limitado a recogerla a efectos reivindicatorios (pág. 508), puntualizando después («De nuevo sobre la posesión de bienes muebles», Anuario de D. civil, T. XXXIII-II, págs. 286 y 292) que la posesión adquirida de buena fe equivale a «justificación procesal de la propiedad», que es el significado aquí de «título».

CAMARA («Contribución al estudio del artículo 464 del Código civil», Rev. de D. Notarial, T. 104, pág. 78): la equivalencia entre posesión y título se reduce a una presunción de dominio; la proposición primera del artículo 464 sólo resulta claramente comprensible en tanto tenga por finalidad atribuir... el dominio.

MIQUEL («La posesión de bienes muebles», 1979, pág. 282): es trascendente hacer del artículo 464 una pieza fundamental de la reivindicación.

A nuestro entender, esta complejidad, como toda la que se encuentra en el estudio de la institución posesoria, arranca de la falta de un concepto unívoco, diáfano y sencillo de lo que, en esencia, la posesión es.

Si no, veamos cómo la definen algunos de los que, últimamente, se han preocupado de interpretar la regla contenida en el artículo 464.

Para VALLET (Ob. cit., págs. 21 y 23) la posesión en sentido lato se divide en posesión en sentido estricto y tenencia, que corresponden, respectivamente, a la posesión de derechos (dominio inclusivo) y a las cosas, abstracción hecha de si a la vez se posee algún derecho sobre las mismas; y, técnicamente, es un hecho.

DIEZ PICAZO («Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial», pág. 457) configura a la posesión como situaciones jurídicas.

CAMARA (Ob. cit., pág. 100, nota 151) contrapone dos conceptos: uno amplio, posesión civil, en el que la posesión es un conjunto de actos o situaciones fácticas, en esencia; otro restringido y concreto, posesión natural, en el que la posesión es un poder físico o material sobre las cosas corporales.

HERNANDEZ GIL («La Posesión», pág. 28) la conceptúa así: la posesión es el derecho a continuar poseyendo basado en el hecho de poseer.

Hecho, situación, poder físico, todo es esencia fáctica, no jurídica. Y el poseedor tiene derecho (artículo 446). Y si lo tiene es que, en esencia, la posesión es un derecho.

Pero como hay derechos varios, si buscando la delimitación del derecho de dominio nos encontráramos con que es el derecho

a continuar dominando basado en el hecho de dominar, permaneceríamos en la periferia de su entraña, al seguir silenciándose lo que sea dominar.

Carece ello de importancia porque nuestro Código civil nos dice lo que es derecho de propiedad o dominar (artículo 348) y nos dice, asimismo, lo que es derecho de posesión o poseer.

Cierto que en todo el Título V del Libro II se declara el pensamiento concisamente, prescindiendo de lo que, sin ser manifestado, no es preciso para ser comprendido.

Pero, cierto también que bastará, supliéndolo, leer lo expresado.

En efecto.

Enfrentado a la distinción entre posesión natural y posesión civil, el artículo 430 da por entendido que la POSESION ES —o el derecho de disfrute de un derecho (el derecho poseído) que requiera— LA TENENCIA DE UNA COSA O EL —derecho de— DISFRUTE DE UN DERECHO —que no requiera dicha tenencia— POR UNA PERSONA.

O sea, que, en todo caso, la POSESION ES EL DERECHO DE DISFRUTE DE UN DERECHO, llamado este último derecho, por ello, «derecho poseído».

Así lo afirmamos en nuestro estudio «Derecho y Asiento» publicado en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 502, 1974, página 505 y siguientes.

Y una vez entendido así, según se haga o no abstracción de que el «derecho de disfrute» —que la POSESION es— y el «derecho poseído» —real o personal— estén (aunque sea sólo intencionalmente) o no estén en un mismo patrimonio, el artículo 430 distingue la POSESION NATURAL, en la que se hace dicha abstracción, de la POSESION CIVIL, diciendo, al efecto, concisamente, de esta última que ella ES —o el «derecho de disfrute» de un derecho que requiera— ESA —ya dicha— MISMA TENENCIA O —el derecho de DISFRUTE —de un derecho que no requiera tal tenencia— UNIDOS —uno y otro tipo de «derecho de disfrute», a la titularidad o, cuando menos—, A LA INTENCION DE HABER —el derecho poseído que requiera la tenencia de— LA COSA O —el— DERECHO —poseído que no la requiera— COMO SUYOS; o lo que es igual, teniéndose la persona, porque lo sea o porque crea serlo, como titular del «derecho poseído», real o personal; en suma, estando, aún sólo intencionalmente, en un mismo patrimonio el «derecho de disfrute» y el «derecho poseído», al margen de ser aquél parte integrante de éste.

Digamos de paso que esta disociación en patrimonios distintos del «derecho de disfrute» y del «derecho poseído», explica llanamente la asociación (de ambos derechos en un mismo patrimonio) en lo que la prescripción consiste.

Pues bien, únicamente teniendo a la POSESION como lo que es: un «derecho de disfrute» de un derecho real o personal, se comprenden sin complejidades las posesiones llamadas por el CÓ-

digo EN CONCEPTO DE DUEÑO y EN CONCEPTO DE PERTENECER EL DOMINIO A OTRA PERSONA, por cuanto que el disfrute —hecho de—, soporte del disfrute —derecho de—, son —hecho y derecho de disfrute— integrantes del «derecho poseído» y, en su virtud, la calidad de principal (aunque, a su vez, esté subordinado a otro, en tanto se considere como principal) o de subordinado (a otro, del que depende) de este «derecho poseído», hará que el «derecho de disfrute» se tenga:

- a) En el primer caso, en concepto (a título) de titular de un derecho principal respecto del subordinado («en el de dueño» lo califica el Código por extensión, al ser el dominio el prototipo del grupo y llamarse «dueño» de un derecho —como lo es la POSESION—, aunque sea subordinado a otro, pero independientemente considerado, a quien es su titular);
- b) En el segundo supuesto, en concepto (a título) de titular de un derecho subordinado a otro principal, del que depende, o sea, perteneciendo la titularidad del principal (de «el dominio» lo califica el Código por extensión, en tanto prototipo de derecho principal) a otra persona.

Verdad que con concisión perturbadora, pero así y todo resulta obvio que el artículo 432, atendiendo a la independencia o subordinación —respecto de otro derecho— del «derecho poseído», define de este tenor dichas dos clases de posesión:

«LA POSESION o "derecho de disfrute" de un derecho —el "derecho poseído"—, tanto si este "derecho poseído" es real o con disfrute EN LOS BIENES, como si es personal y, por ello, con disfrute en los DERECHOS mismos, PUEDE TENERSE EN UNO DE DOS CONCEPTOS: O EN EL DE DUEÑO, o sea de titular de un "derecho de disfrute" de un "derecho poseído" independientemente considerado —aunque, de suyo, no sea independiente—, O EN EL DE titular de un "derecho de disfrute" de un "derecho poseído", o real y, por ello, habiendo de ser TENEDOR DE LA COSA O personal y, por tanto, con disfrute en el DERECHO mismo, PARA, en ambos casos, una y otro CONSERVARLOS O DISFRUTARLOS, PERTENECIENDO EL DOMINIO, es decir, la titularidad del "derecho poseído" principal, respecto del "derecho poseído" contemplado, A OTRA PERSONA.»

Quede puntualizado que, aun cuando la POSESION se tenga en concepto de titular de un derecho subordinado a otro principal perteneciendo la titularidad de este principal a otra persona, si se le contempla independientemente considerado, aún sin serlo, se le tendrá en concepto de dueño, de titular de derecho independiente; y así la posesión que se adquiere y disfruta, v. gr.: en concepto de usufructuario —independientemente considerado— puede servir de título para adquirir el derecho de usufructo (artículo 447).

Por lo demás, el concepto de la POSESION lo redondea su consustancial existencia presuntiva, a saber: de la mera existencia del

disfrute —hecho de— la norma deduce la existencia del disfrute —derecho de—; y ello aún siendo vicioso el acto (violento, clandestino, tolerado) del que provenga el disfrute —hecho de—, en tanto no se pruebe el vicio.

Igualmente, ha de quedar sentado que, por ser consustancial, la existencia presuntiva se predica de todo poseedor en concepto de dueño, esto es, de todo titular de «derecho de disfrute» de un «derecho poseído» independientemente considerado, de dominio o no, independiente o no, principal o no.

Con la proverbial concisión perturbadora, el artículo 448 acoge la presuntiva existencia de la POSESION en estos términos:

«EL POSEEDOR o titular de un "derecho de disfrute" EN CONCEPTO DE DUEÑO, o sea, de un "derecho poseído" independientemente considerado, sea o no, de suyo, independiente, y, por tanto, todo poseedor, natural o civil, en concepto de dueño o en concepto de titular de derecho subordinado a otro principal perteneciendo éste a otra persona, de buena o de mala fe, TIENE A SU FAVOR LA PRESUNCION LEGAL, esto es, la ley deduce, a su favor, DE un hecho (el mero disfrute —hecho de—) QUE POSEE CON JUSTO TITULO, deduce, pues, otro hecho, a saber: la existencia mera de un disfrute —derecho de—, debidamente adquirido, o sea, con fundamento, con razón de ser, con establecimiento o título legalmente bastante, y, sin que tenga que probar este título, si no es formal, porque NO SE LE PUEDE OBLIGAR a acreditarlo por los restantes medios, y si lo es, porque, en cuanto al documento en que conste, tampoco se le puede llevar A EXHIBIRLO.»

Pues bien, sabido lo que la POSESION es, la regla del artículo 464 nos ofrece su verdadero alcance leyendo en él lo no expresado.

Así, en la proposición primera del párrafo primero, leeremos:

«El título viciado o no legalmente bastante de LA POSESION o "facultad de disfrute" DE LOS BIENES MUEBLES, o sea, de un "derecho poseído" mobiliario, por cuyo título viciado dicha "facultad de disfrute" sea ADQUIRIDA, por ignorarse el vicio, DE BIENA FE, EQUIVALE en estimación, en eficacia, en valor (no en sustancia o idéntico —que en esto se distingue, como es sabido, lo idéntico de lo equivalente—) AL TITULO no viciado o bastante legalmente.»

Esta regla no tiene excepción.

El «sin embargo» no es más que un «sin que estorbe ni perjudique», un «sin que sirva de impedimento» la regla común para que no haya «derecho de disfrute» cuando el hecho de disfrute proviene de acto clandestino, violento o tolerado, a lo que llevaría el haber normativamente «derecho de disfrute» en tanto se prueba la tolerancia, la violencia o la clandestinidad y el que, en cuanto lo hay rige la regla común sin excepción.

Si se pone lo silenciado, esto es lo que dispone la proposición segunda del párrafo primero del artículo que nos ocupa:

«SIN EMBARGO, esta equivalencia del título viciado al no viciado no ha de impedir que EL titular del "derecho de disfrute" de un "derecho poseído" mobiliario QUE HUBIERE quedado sin el hecho de disfrute (no sin el "derecho de disfrute"), debido ello o a haber PERDIDO la cosa, siendo ésta UNA COSA MUEBLE O porque HUBIERE SIDO PRIVADO DE ELLA ILEGALMENTE. en ambos casos pues, porque probada o la pérdida —acto clandestino— o la privación ilegal —acto violento— no hay posesión, ni título de lo que no hay, ni, por lo mismo, posibilidad de equivalencia, y porque al no haber posesión de otro sigue siendo él titular del "derecho de disfrute", PODRA obtener la restitución del hecho de disfrute, mediante REIVINDICARLA, más exactamente, mediante ser restituido en la cosa, es decir, recuperarla, sin rembolso alguno, DE QUIEN a través de la tenencia de la cosa, proveniente de acto clandestino o violento, tenga el hecho de disfrute de ella, base, no probándose lo violento o clandestino, de la existencia presuntiva del "derecho de disfrute", con lo que puede aparecer que LA POSEA.»

Excepto en su último párrafo, en el que, de forma directa, atiende al «derecho poseído» que es materia de operaciones mercantiles, razón por la cual remite al régimen de dicho «derecho poseído» en el Código de Comercio, todo el artículo 464 regula, directa y exclusivamente, la POSESION, y en sus párrafos segundo y tercero el «derecho de disfrute» o posesión de un «derecho poseído» mobiliario de objeto perdido o que ha sufrido privación ilegal si en su adquisición ha mediado publicidad o si su prenda se ha constituido a favor de Montes de Piedad, respectivamente, para seguir manteniendo que, en tanto proveniente de acto clandestino o violento, no hay posesión, de otro y su titular puede, por consiguiente, obtener la restitución, si bien condicionada al rembolso de lo pagado o de la cantidad del empeño e intereses vencidos, en aras de la seguridad del tráfico público, en el primer caso, y de la defensa de instituciones de la caridad pública, en el segundo supuesto.

Y es de esta guisa como, supliendo lo callado, lo establecen los aludidos dos párrafos:

Párrafo 2º: «SI EL que, de un lado, en tanto se prueba la violencia o clandestinidad, aparece como POSEEDOR DE LA COSA MUEBLE PERDIDA O SUSTRAIDA, y, de otro lado, concurrendo en él estas circunstancias: a) que esa su facultad de disfrute LA HUBIESE ADQUIRIDO, aparentemente, ignorando la pérdida o sustracción, o sea, DE BUENA FE; y, b) además, EN VENTA PUBLICA, o transmisión al mejor oferente entre el público, entonces, en atención a la seguridad del tráfico, NO PODRA EL poseedor-PROPIETARIO, esto es, el titular del "derecho de

disfrute", por serlo del "derecho poseído" del que aquél "derecho de disfrute" es parte integrante, OBTENER LA RESTITUCION de la cosa y, con ella, la del hecho de disfrute objeto del "derecho de disfrute", y, por tanto, la restitución de este su "derecho de disfrute" transmitido con el "derecho poseído", públicamente, SIN REEMBOLSAR EL PRECIO DADO POR ELLA, o sea, por la cosa mueble perdida o sustraído objeto de su "derecho de disfrute" o posesión.»

Párrafo 3.º: «E, igualmente, en defensa de instituciones de caridad pública, TAMPOCO PODRA EL poseedor-DUEÑO, esto es, el titular del "derecho de disfrute" por serlo del "derecho poseído" del que aquél "derecho de disfrute" es parte integrante, DE COSAS EMPEÑADAS EN LOS MONTES DE PIEDAD ESTABLECIDOS CON AUTORIZACION DEL GOBIERNO OBTENER LA RESTITUCION de dichas cosas y, con ellas, la de los hechos de disfrute objeto de los "derechos de disfrute" y, por tanto, la restitución de estos "derechos de disfrute" transmitidos en prenda, CUALQUIERA QUE SEA LA PERSONA QUE, al aparecer como poseedor en tanto se pruebe, en su caso, la violencia o la clandestinidad LA HUBIESE EMPEÑADO, SIN REINTEGRAR ANTES AL ESTABLECIMIENTO LA CANTIDAD DEL EMPEÑO Y LOS INTERESES VENCIDOS.»

Queda visto que el párrafo cuarto y último del artículo 464 sólo en segundo plano, no directamente, toca a la posesión o «derecho de disfrute» de un derecho —«derecho poseído»— del cual aquél «derecho de disfrute» o posesión es parte integrante.

Porque este último párrafo no se enfrenta con el que llega a titular poseedor, de cosa robada o perdida, en feria, mercado o comercio habitual, que, en cambio, si es lo que hacen los artículos 2.280 del Código francés y 709 del Código italiano de 1865, y, en su consecuencia, ambos artículos pueden disponer la restitución, aunque condicionada, ya que el poseedor-propietario sigue siendo poseedor, pues, como es obvio, el único que tiene derecho a reclamar es aquel a quien pertenece el derecho reclamado, su titular.

Distintamente, el repetido cuarto párrafo de nuestro artículo 464 mira al «derecho poseído», o sea, no al «derecho de disfrute» con el título viciado, de la proposición primera del párrafo primero, e igual, no al «derecho de disfrute» que ha sufrido acto de violencia o de clandestinidad, de la proposición segunda del párrafo primero y de los párrafos segundo y tercero, sino que centra su atención: en el dominio de lo comprado en tiendas (artículo 85 del Código de Comercio, al que remite en cuanto a dicho dominio); en el dominio de la moneda recibida en compra al contado (artículo 86 del Código de Comercio, de igual remisión); en el dominio de los efectos al portador (artículo 545-3.º del Código de Comercio, de la misma remisión); en el dominio de los billetes del Banco de España o de establecimientos del mismo régimen y en el de los títulos al portador de emisión estatal con régimen espe-

cial (artículo 566 del Código de Comercio, de remisión idéntica); y en el dominio, en fin, de los efectos cotizables al portador dados en prenda para garantizar préstamos (artículo 324 del Código de Comercio, de remisión igual) para establecer, incluso en este caso último por el efecto transmisivo de la tradición de dichos efectos, la asociación normativa —prescripción de derecho le llama el repetido Código— en un patrimonio, de los disociados «derecho poseído» y «derecho de disfrute» (de ese «derecho poseído») en patrimonios diversos, aunque la existencia del «derecho de disfrute» en patrimonio distinto tan sólo lo fuere normativamente presuntiva.

Y es por esta razón de atender, preferentemente, al «derecho poseído» por lo que su regulación es propio que se haga, y así sucede, fuera de las normas consagradas, específicamente, a reglamentar el «derecho de disfrute» o posesión; y, en efecto, es fuera de dichas normas adonde remite su ordenación.

El artículo 1.153 del Código italiano vigente encamina sus preceptos a la adquisición del «derecho poseído», sea éste el de dominio, el de usufructo, el de uso o el de prenda. A éstos y a todos los «derechos poseídos» se les pueden aplicar en nuestro Ordenamiento los principios informadores de este artículo del Código italiano, en base de que los negocios jurídicos obligan, a tenor del precepto del artículo 1.258 del Código español, a todas las consecuencias que, «según su naturaleza», sean conformes a la «buena fe» y al «uso».

Pues bien. Porque en el artículo 464, igual que en los restantes que forman el Título V del Libro II, se dan, exclusivamente, normas referentes al «derecho de disfrute» o posesión, remitiendo fuera de él, a otro lugar del Ordenamiento, cuanto atañe al «derecho poseído», es por lo que nos preguntamos, luego de aceptar para la adquisición del «derecho poseído» todos y cada uno de los argumentos de la postura germánica:

¿...de dominio?

¿Adquisición de dominio?

¿Adquisición de «derecho poseído», incluso del no titular, es tema del susodicho artículo 464 de nuestro Código civil?

La contestación negativa se desprende de lo hasta aquí expuesto y se afianza con consideraciones que dejamos para otra ocasión.



# Información Legislativa (\*)

A cargo de PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH

## I. DERECHO CIVIL

### 1. *Parte General*

1. DERECHO PRIVADO. Se publica el Estatuto Orgánico del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, hecho en Roma el 15 de marzo de 1940, con inclusión de las enmiendas que se citan. ("B. O. E." de 18 de diciembre 1982).

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado tiene por objeto estudiar los medios de armonizar y coordinar el Derecho privado entre los Estados o los grupos de Estados y preparar gradualmente la adopción, por los diversos Estados, de una legislación de Derecho privado uniforme.

El Estatuto Orgánico detalla las funciones, organización y medios del Instituto, que tiene su sede en Roma.

Dicho Estatuto entró en vigor para España el día 21 de abril de 1940.

### 2. *Derecho de obligaciones*

2. MEDIDAS URGENTES. Se dictan medidas para reparar los daños causados por las recientes inundaciones (Levante).

Real Decreto-Ley 20/1982, de 23 de octubre ("B. O. E." del 24).

#### A) Exposición.

1. Medidas generales: Como consecuencia y para paliar los daños producidos por inundaciones en las provincias de Valencia, Alicante, Murcia y Albacete, se declara zona catastrófica el territorio de los municipios afectados y se conceden exenciones tributarias y de la Seguridad

---

(\*) Se refiere a las disposiciones publicadas en el "B. O. E." en el período comprendido entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre de 1982.

Social Agraria, aplazamientos de pago de cuotas, facilitándose además los mecanismos financieros que permitan reparar los daños producidos.

2. **Medidas especiales:** Las que ofrecen mayor interés, en este momento, son:

a) **Declaración de inhabilidad de días:** Se declaran inhábiles, en los territorios afectados, los días 19 al 26 de octubre de 1982, a todos los efectos civiles, notariales, mercantiles, administrativos y judiciales.

Estos días se descontarán de los plazos establecidos, debiendo realizarse las diligencias correspondientes en los ocho días hábiles siguientes (art. 2).

b) **Concesión de moratorias de pago:** Se concede moratoria para el pago de las obligaciones siguientes, salvo que el deudor sea un establecimiento bancario o de crédito:

— Créditos hipotecarios o pignoraticios y sus accesorios cuando los bienes dados en garantía estén situados en los términos municipales afectados y hayan sufrido daño por las inundaciones.

— Créditos de toda clase contra personas residentes en los términos municipales indicados, siempre que posean en ellos fincas, instalaciones o explotaciones que hayan sufrido daños o que su capacidad de pago se vea disminuida a consecuencia de los siniestros. En cuanto a los créditos contra residentes en otros lugares, se requiere que los daños causados en bienes situados en los municipios afectados hayan sido de consideración.

En todo caso, ha de tratarse de créditos vencidos o que venzan durante los días 19 de octubre de 1982 a 15 de enero de 1983 y la moratoria se extenderá a dicho período. El protesto de letras o efectos impagados deberá hacerse en los ocho días siguientes al fin de la moratoria.

Quedan siempre a salvo los pactos que las partes establezcan (art. 3).

3. **MEDIDAS URGENTES.** Se dictan medidas para reparar los daños causados por las recientes inundaciones (Cataluña y Aragón).

Real Decreto-Ley 21/1982, de 12 de noviembre ("B. O. E." del 15).

#### A) Exposición.

1. **Zona afectada:** La presente disposición se refiere al territorio de los municipios de las provincias de Barcelona, Tarragona, Lérida, Gerona y Huesca afectados por las inundaciones.

2. **Medidas adoptadas:** Se aplican a los municipios referidos las mismas medidas establecidas por el Real Decreto-Ley 20/1982, de 23 de octubre (reseñado anteriormente), con las siguientes modificaciones:

— Se declaran inhábiles los días 7 a 12 de noviembre de 1982.

— El período de moratoria en el pago de obligaciones será del 7 de noviembre de 1982 al 8 de febrero de 1983 (art. 2).

3. **Extensión ulterior:** Las mismas medidas se aplicarán a los municipios de las provincias de Valencia y Alicante afectados por inundaciones los días 1 y 2 de noviembre.

Para ellos se declaran inhábiles dichos días y el período de moratoria abarcará desde el 1 de noviembre de 1982 al 2 de febrero de 1983.

#### B) Observaciones.

Aparte de la gran amplitud de la aplicación de las medidas indicadas nada hay que objetar a las disposiciones reseñadas, cuyo carácter excepcional es evidente. El retraso en la adopción, publicación y consiguiente vigencia de las disposiciones debe suponer una cierta limitación a la efectividad de las medidas establecidas.

Los términos municipales afectados por las inundaciones, a los que se aplican las disposiciones anteriores, fueron relacionados por las Ordenes del Ministerio del Interior de 24 de octubre y 15 de noviembre de 1982 ("B. O. E." de 25 de octubre y 16 de noviembre).

### 4. ARRENDAMIENTOS RUSTICOS. Se dispone la constitución transitoria de las Juntas Arbitrales.

Orden de 8 de octubre 1982 ("B. O. E." del 28).

#### A) Exposición.

1. **Objeto de la presente disposición:** Se regula, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas y Entes Preautonómicos, la constitución transitoria de las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos.

#### 2. Régimen de las Juntas Arbitrales:

a) **Ambito territorial:** Coincidirá con el de los Juzgados de Primera Instancia, con sede en la cabecera del partido judicial.

b) **Presidente y Secretario:** Serán los funcionarios designados por los Directores provinciales del Departamento de Agricultura, Pesca y Alimentación. El Secretario habrá de ser licenciado en Derecho.

c) **Vocales:** Las Cámaras Agrarias Locales comprendidas en el ámbito de cada Junta proporcionarán al Presidente de ésta la relación de sus Vocales, indicando su condición de arrendadores o arrendatarios. De entre los Vocales de las Cámaras que se ofrezcan para el cargo se designarán por sorteo los seis Vocales de la Junta, tres entre arrendadores y tres entre los que sean arrendatarios.

d) **Formalización de la constitución:** El Secretario de la Junta extenderá la oportuna acta que refleje todas las operaciones realizadas.

5. ARRENDAMIENTOS RUSTICOS. Se dictan normas complementarias de funcionamiento de las Juntas Arbitrales.

Orden de 8 de octubre de 1982 ("B. O. E." del 28).

A) Exposición.

1. Objeto de la presente disposición: Se establecen las normas a que se atendrán en su funcionamiento las Juntas Arbitrales, sin perjuicio de lo que dispongan las Comunidades Autónomas o Entes Preautonómicos en el ejercicio de sus competencias.

2. Reglas generales: Las Juntas quedarán constituidas, para los intentos de avenencia, con la concurrencia del Presidente, el Secretario y dos Vocales; en los demás casos deberán concurrir, al menos, cuatro vocales.

Las decisiones se adoptarán por mayoría de votos emitidos, teniendo el Presidente voto de calidad.

Los Secretarios documentarán en acta, cumpliendo las prescripciones de esta Orden, las actuaciones de las Juntas. A todos los interesados podrá entregárseles certificación del acta.

Los interesados podrán comparecer por sí, por representante, incluso el designado en comparecencia ante el Secretario, y también asistirse de otra persona en el intento de avenencia.

3. Reglas de procedimiento: Pueden distinguirse las siguientes fases:

a) Iniciación: Para promover la actuación de una Junta bastará presentar escrito, con tantas copias como partes se designen, en que se haga constar la identidad de los interesados y la pretensión que se formule. La propia Junta podrá promover de oficio el intento de avenencia citando a los interesados.

b) Instrucción: Si la Junta es competente para intervenir en el asunto citará a los afectados para que comparezcan ante ella (dispone de quince días para citar y de treinta para fijar la comparecencia). En su caso, se advertirá sobre el carácter ejecutivo de la decisión de la Junta.

En la comparecencia se intentará por la Junta lograr la avenencia de los interesados. Si no se logra o no hay comparecencia de todos, se dará por terminado el acto.

c) Continuación del procedimiento cuando la Junta deba dictar decisión ejecutiva: El Presidente citará a los afectados para una nueva comparecencia a fin de que, por escrito u oralmente, formulen sus alegaciones finales. Los interesados o la Junta podrán lograr la aportación de datos, informes o peritaciones relativos al tema discutido.

Celebrada o intentada la comparecencia, la Junta resolverá las cuestiones de modo claro y preciso, haciendo constar las consideraciones determinantes.

**B) Observaciones.**

Las dos disposiciones que anteceden llevan a efecto las previsiones de la Ley de Arrendamientos Rústicos 83/1980, de 31 diciembre (véase en este ANUARIO XXXIV-II, núm. 10 de la Información legislativa), concretamente plasmadas en su disposición transitoria 2.<sup>a</sup> y en su artículo 121, p. 5.

La misma Ley establece las funciones de las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos, distinguiendo los supuestos en que se limitan a intentar la avenencia de los interesados, antes de la incoación del procedimiento judicial (art. 121, p. 3), de aquéllos en que dictan una decisión ejecutiva, también previa al planteamiento judicial de la cuestión (art. 121, p. 4). A estos efectos debe recordarse que la omisión del intento de avenencia es subsanable, según el artículo 122, p. 1 de la Ley.

**6. RESPONSABILIDAD CIVIL.** Se modifican las normas reguladoras del Servicio de Responsabilidad Civil de los Notarios.

Orden de 16 de noviembre de 1982 ("B. O. E.", del 27).

La Orden de 24 de abril de 1948 autorizó a la Junta de Decanos de los Colegios Notariales para organizar el servicio de pago a los interesados de las indemnizaciones debidas por los Notarios en virtud de responsabilidades civiles surgidas en el ejercicio de su cargo.

El sistema que establecía suponía una intervención de la Junta fijando la responsabilidad del Notario y la cuantía de la indemnización abonable. De aceptarse su aplicación por el reclamante, a quien le quedaba siempre expedita la vía judicial, la Junta satisfacía una parte importante de la indemnización, quedando el resto a cargo del Notario responsable. Los gastos producidos se satisfacían con el importe de cuotas mensuales abonadas por todos los Notarios.

El desarrollo del seguro en España y, especialmente, de su legislación reguladora, hace ver actualmente las deficiencias del sistema que, estrictamente, tenía muchas notas propias de un seguro mutuo con franquicia elevada. Por ello, la presente Orden autoriza a la Junta de Decanos para establecer un nuevo sistema, articulado mediante un seguro de responsabilidad civil de todos los Notarios. De este seguro serán asegurados todos los Notarios, en activo, cubriendose el entero quehacer de los mismos y distribuyéndose los gastos mediante cuotas.

La Junta de Decanos deberá ser informada del funcionamiento del sistema y sólo excepcionalmente podrá asumir supuestos de responsabilidad civil de algún Notario, con su conformidad y la del lesionado.

Incluso se prevé que la Junta decida el establecimiento de seguros en otras materias, como la pérdida de las letras de cambio y similares (no obstante, el supuesto citado es también de responsabilidad civil).

### 3. *Derechos reales*

7. MINAS. Se regula la restauración de los espacios naturales afectados por actividades extractivas.

Real Decreto 2.994/1982, de 15 de octubre ("B. O. E." del 15 de noviembre).

Los trabajos de restauración del espacio natural afectado por labores mineras se configuran como obligación del titular del derecho al aprovechamiento de los recursos regulados por la Ley de Minas.

La restauración procederá siempre que se trate de aprovechamientos a cielo abierto y cuando, en las minas de interior, las instalaciones o trabajos exteriores alteren sensiblemente el espacio natural.

Para la realización de los trabajos se instrumenta un Plan de restauración del espacio natural afectado, que debe ser cumplido por el titular del aprovechamiento o explotador. Su incumplimiento podrá acarrear hasta la caducidad de la concesión o permiso minero.

## II. DERECHO REGISTRAL

8. REGISTRO DE AERONAVES. Se regula el registro y uso de aeronaves de estructura ultraligera y se modifica el registro de aeronaves privadas no mercantiles.

Real Decreto 2.876/1982, de 15 de octubre ("B. O. E." del 9 de noviembre).

El presente Real Decreto establece los requisitos para la utilización de los vehículos volantes de estructura ultraligera, que se definen como "aerodinos motorizados o no motorizados cuyo peso en vacío sea inferior a 200 kilogramos aptos para el vuelo tripulado".

También se regula el registro y matrícula de estos vehículos, a cuyo efecto se abrirá un libro especial en el Registro de Aeronaves de la Subsecretaría de Aviación Civil. Las normas que se dictan para la inscripción registral serán aplicables además a las aeronaves privadas que no sean de utilización mercantil.

9. REGISTRO DE LA PROPIEDAD. Se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario.

Real Decreto 3.251/1982, de 12 de noviembre ("B. O. E." del 27).

#### A) Exposición.

Las numerosas modificaciones que introduce esta disposición en el Reglamento Hipotecario pueden agruparse de la siguiente forma:

1. Preceptos suprimidos: Se suprimen, quedando pues vacíos de contenido los artículos 250 a 258, reguladores de la hipoteca dotal, que integraban el título V del Reglamento, cuya rúbrica queda igualmente suprimida.

También quedan suprimidos: el artículo 414 (la regla que contiene se traslada al nuevo artículo 107) y la disposición adicional segunda (su contenido se incorpora al nuevo artículo 109).

2. Preceptos que, conservando su contenido, ven alterada su numeración: Son los nuevos artículos que se citan, que reproducen lo establecido en los artículos antiguos señalados entre paréntesis: artículos 64 a 67 (69 a 72 antiguos), 69 a 74 (73 a 78 antiguos), 76 (79 antiguo), 78 y 79 (81 y 82 antiguos), 83 a 88 (85 a 90 antiguos), 100 y 101 (99 y 100 antiguos), 103 (anterior párrafo 6.º del art. 102), 105 y 106 (103 y 104 antiguos).

3. Nueva regulación de materias registrales o de algunos aspectos de las mismas:

a) Circunscripción, capitalidad y denominación de los Registros de la Propiedad: Se prescinde de su coincidencia preferente con las de los Juzgados de Primera Instancia (art. 1).

b) Inscripción de las concesiones administrativas: Los supuestos previstos son, tanto la inscripción de las mismas concesiones que recaigan o afecten a inmuebles, como la adquisición de derechos que deban quedar afectos a la misma, la inscripción de gravámenes sobre tales bienes (previa autorización administrativa), la reversión de las fincas y el régimen de las parcelas sobrantes que no deban revertir a la Administración concedente (art. 31).

La antigua rúbrica de "Inscripción de Obras Públicas, Minas y Aguas" se ve generalizada para abarcar a la "Inscripción de concesiones y otras fincas especiales", determinándose el título para su inscripción y los actos accesibles al Registro (art. 60) y las reglas de competencia para llevarla a cabo (art. 61).

Reciben nueva regulación las inscripciones de las minas y sus derechos de explotación, teniéndose en cuenta su normativa vigente, especialmente la Ley de Minas de 21 de julio de 1973, y el Reglamento General para el Régimen de la Minería de 25 de agosto de 1978 (arts. 62 y 63).

Por último, se añade a este apartado, como finca especial, la inscripción de cuotas de garajes o estacionamientos de vehículos con adscripción de uso de plazas (art. 68).

c) Inscripción de las modificaciones registrales de las fincas inscritas.

Además de llevar a cabo algún perfeccionamiento de las reglas anteriores, la nueva regulación introduce disposiciones que flexibilizan la práctica de estas operaciones.

Así ocurre con la agrupación de fincas pertenecientes a varios propietarios, que entraña la constitución de una comunidad (art. 46), las segregaciones sucesivas o la inscripción de actos relativos al resto de la finca (art. 47) y la agregación de fincas enteras (art. 48).

d) Circunstancias de las inscripciones: En la lista del artículo 51 del Reglamento se introducen tres modificaciones que afectan a la identificación de la finca (se admite por referencia a un plano que se archive en el Registro), a la determinación de la persona en cuyo favor se practique la inscripción (que se menciona al lado del transmitente) y al acta de inscripción (nuevo requisito que en todo caso se hará constar y expresará el hecho de practicarse, la persona a cuyo favor se practique, el título genérico y el derecho que se inscriba).

También en las inscripciones concisas se incluirá el acta de inscripción según el artículo 52.

e) Inscripciones de partes indivisas: Se aplica el régimen ordinario de estas inscripciones cuando, perteneciendo a un solo titular, tengan distinto carácter o régimen las varias porciones (art. 54).

f) Inscripción del precio aplazado: Es objeto de atención especial el pago del precio aplazado en caso de transmisión de gananciales, bastando el consentimiento de uno de los cónyuges para hacerlo constar mediante nota marginal cuando el bien transmitido se encontrase inscrito sólo a su nombre (art. 58).

g) Inscripción de capitulaciones matrimoniales: Es de nueva planta la regulación de su inscripción, con arreglo al artículo 1.333 del Código civil. Si el matrimonio no se hubiera contraído, la inscripción se suspenderá, tomándose anotación preventiva que se cancelará si, transcurridos un año y dos meses, no se acredita la celebración del matrimonio (artículo 75).

h) Inscripción de herencia y de contrato sucesorio: Respecto de las inscripciones causadas por contratos sucesorios se impone la necesidad de hacer constar la denominación de la institución, además de cumplirse las reg. as existentes en el régimen anterior. Cuando el contrato sucesorio implique transmisión de presente de bienes inmuebles, se hará constar, en la inscripción de la misma el fallecimiento del causante; será necesario asiento principal para cancelar las facultades reservadas por el fallecido (art. 77).

Los títulos en cuya virtud puede obtenerse la inscripción de adjudicación de bienes hereditarios o cuotas indivisas se enuncian con claridad en el artículo 80. Su apartado 2 regula especialmente los casos en que surge la obligación de pago en metálico de la porción hereditaria de los demás legitimarios, distinguiendo los diversos supuestos posibles. En todo caso se exige acreditar la aceptación de los adjudicatarios y la conformidad de los demás descendientes o la aprobación judicial; el pago se hará constar por nota marginal.

También en cuanto a la inscripción a favor del legatario de inmuebles, se relacionan los títulos para realizarla, según los casos (art. 81).

Las inscripciones que originan las sustituciones hereditarias son reguladas con detalle, admitiéndose la utilización de acta de notoriedad para designar a los sustitutos y para hacer constar la extinción o ineficacia de la sustitución. Merecen un trato especial las sustituciones fideicomisarias, previéndose las peculiaridades de las inscripciones y la applica-

ción del expediente de liberación de cargas y gravámenes transcurridos treinta años desde la muerte del fiduciario (art. 82).

i) Inscripción de bienes de ausentes: Se extiende la regulación a la inscripción de los bienes del declarado fallecido a favor de sus herederos (art. 89).

j) Inscripción de bienes de los cónyuges y de la sociedad conyugal: El nuevo texto del Reglamento dedica reglas detalladas a los bienes de la sociedad de gananciales, distinguiendo:

Bienes que se inscriben con carácter ganancial, a nombre de marido y mujer, sean adquiridos a título oneroso o gratuito, por ambos cónyuges. Para la inscripción de actos de administración o disposición sobre ellos se exigen requisitos diversos, tal como indican las normas sustantivas sobre la materia (art. 93).

Bienes que se inscriben con carácter presuntivamente ganancial, por ser adquiridos a título oneroso por uno de los cónyuges sin expresar su carácter ganancial. La inscripción de actos dispositivos sobre ellos requerirá, como regla general, el consentimiento de los dos cónyuges, pero no así la de los actos de modificación registral de las fincas o bienes (art. 94).

Bienes adquiridos a título oneroso por uno de los cónyuges para la sociedad de gananciales, que se inscriben con esta indicación y su régimen ulterior participa de los dos expuestos anteriormente (artículo 93, p. 4).

Bienes privativos según las normas sustantivas aplicables. Su carácter deberá acreditarse suficientemente, indicándose, en su caso, la existencia de confesión del otro cónyuge. Si la justificación es sólo parcial, sus efectos también lo serán, inscribiéndose una participación indivisa, sólo, como privativa (art. 95). En cualquier caso se deja a salvo la plena eficacia de lo pactado en capitulaciones y de las disposiciones legales para casos especiales.

Principios semejantes a los que informan el régimen expuesto se trasladan por el Reglamento para resolver las situaciones a que dan lugar los derechos forales o especiales, los regímenes de separación o participación y las legislaciones extranjeras aplicables (arts. 90 y 92).

De aplicación general son las reglas especiales para la inscripción de actos dispositivos sobre la vivienda habitual de la familia, contenidas en el artículo 91 y consecuencia de la regulación sustantiva de la materia.

k) Plazo para verificar la inscripción: La nueva redacción del artículo 97 aclara las dudas que había suscitado el anterior, distinguiendo los diversos casos posibles. Se añade la constancia, mediante nota marginal, de la devolución de títulos, aportación de documentos y prórroga de asientos de presentación.

Por último se prevé la imposición de correcciones al Registrador por el Juez de Primera Instancia (no el Presidente de la Audiencia) y la posibilidad de que pueda exigírsele una indemnización por los perjuicios causados por la falta de inscripción dentro de plazo.

l) Calificación registral: Queda suprimida la antigua posibilidad de inscribir, con cautelas, los títulos que deben completarse con autoriza-

ción administrativa y se concreta el alcance de la función calificadora respecto los documentos administrativos (competencia, congruencia, formalidades extrínsecas, trámites esenciales del procedimiento, relación con el titular registral y obstáculos que surjan del Registro).

También se concretan aquí las reglas para contar los plazos reglamentarios.

m) Anotaciones de embargo y cancelaciones: El régimen de la anotación de embargo sobre bienes de la sociedad conyugal es objeto de una importante remodelación, paralela a la antes reseñada de la inscripción de los mismos bienes. En este sentido el artículo 144 del Reglamento distingue los supuestos de embargo de bienes comunes, de bienes inscritos como privativos en virtud de confesión del otro cónyuge, de sociedad de gananciales disuelta y de embargo de la vivienda habitual de la familia, cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio.

Además, se regulan las anotaciones de suspensión practicadas en el libro especial del artículo 401 (que se extienden a los mandamientos judiciales dictados en procedimiento laboral, art. 170) y algunos supuestos especiales de cancelaciones (cancelaciones por pago de hipotecas que garanticen créditos de menores o de la sociedad conyugal, art. 178).

n) Hipotecas legales: La nueva redacción de los artículos 259 a 261, 263 y 267 modifica limitadamente el régimen anterior de las hipotecas por bienes reservables, aclarando su contenido y adaptándolo a las normas del Código civil. El último de los artículos citados continúa refiriéndose, aunque con nueva redacción, a la hipoteca por razón de la patria potestad.

o) Organización de los Registros: Las últimas reformas que se introducen afectan a ciertas condiciones de las oficinas del Registro y a los libros del mismo (se suprime el Diario de honorarios y reciben más detallado tratamiento los asientos a practicar en el Diario, las prórrogas de la vigencia de los asientos de presentación y la devolución de los títulos presentados).

#### B) Observaciones.

La justificación e incluso urgencia de la reforma del Reglamento Hipotecario reseñada no puede dudarse si se tiene en cuenta las novedades sustantivas que se introdujeron en el Código civil en 1981. A este respecto merece destacarse que los criterios incorporados al Reglamento Hipotecario no sólo son técnicamente correctos sino que vienen a aclarar bastantes puntos oscuros de la ley sustantiva. La reforma debe, pues, ser acogida muy favorablemente.

Al lado de los preceptos reformados a los que resulta prelicable la observación anterior, otros lo son por razones de técnica registral, siendo oportuna su inclusión en esta reforma. Se trata, en general, de introducir normas registrales más flexibles o de aclarar y sistematizar la regulación del procedimiento registral, lo cual permitirá un mejor funcionamiento del Registro.

Las alabanzas que merece la reforma sólo se ven ligeramente empañadas por dos preceptos cuyo contenido parece en cierta forma incorrecto. Tales son:

— El artículo 63 sobre transmisión y gravamen de derechos mineros, que no tiene en cuenta la exigencia general de autorización administrativa para tales actos, según los artículos 94 y 95 de la Ley de Minas de 1973, y

— El artículo 99, que extiende el alcance de la calificación registral de los documentos administrativos hasta extremos muy superiores a la "legalidad de las formas extrínsecas" a que se refiere el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y cuya aplicación estricta podría perturbar la actividad de la Administración.

#### 10. VENTA A PLAZOS DE BIENES MUEBLES. Se aprueba la Ordenanza para su Registro.

Orden de 15 de noviembre 1982 ("B. O. E." del 29).

El régimen de funcionamiento del Registro de Venta a Plazos de bienes muebles se contenía en la Orden de 8 de julio 1966, que desarrollaba, de forma provisional, los preceptos registrales de la Ley de 17 de julio de 1965 y del Decreto de 12 mayo 1966.

La nueva Ordenanza sustituye a la anterior, citada, y sin alterar aspectos fundamentales del Registro, regulados en normas de superior jerarquía, lleva a cabo un desarrollo muy detallado de su organización, superando claramente a la Ordenanza de 1966.

Las notas principales de la nueva regulación, en comparación con la antigua, son:

1. Ordenación sistemática de los preceptos que, aunque no se agrupan en capítulos o secciones como hubiera sido deseable, se reúnen homogéneamente, en contraste con el desorden imperante en la norma derogada.

2. Detalle y buena técnica, que supone una más extensa y mejor solución de las cuestiones planteadas. Esta nota se refleja en la extensión del nuevo texto (41 artículos), más amplio que el antiguo (28 artículos).

Nuevo tratamiento de ciertas cuestiones, carentes de regulación anterior (comunicación de inscripciones de hipotecas mobiliarias o prendas sin desplazamiento o de anotaciones de embargo, artículo 4; determinación de los bienes que se consideran perfectamente identificables, artículo 7; venta de distintos objetos en un mismo contrato, artículo 8; denegación de inscripción de pactos o cláusulas contrarias a la Ley, artículo 17; previsión del tratamiento informativo de los datos en el Registro Central, artículo 20; revisión quinquenal de las percepciones por los Registros, disp. adicional) o que se informase en criterios distintos (denegación de la inscripción, prescindiéndose de la enumeración tasada de defectos artículo 15, por oposición al artículo 10 de la Ordenanza de 1966).

### III. DERECHO MERCANTIL

11. BANCOS, CAJAS DE AHORROS Y COOPERATIVAS DE CREDITO. Se regulan algunos aspectos de las situaciones de crisis de estas entidades y de los Fondos de Garantía de Depósitos en Cajas y Cooperativas.

Real Decreto-Ley 18/1982, de 24 de septiembre ("B. O. E." del 1 de octubre).

#### 1) Exposición.

A) Reglas generales: El Gobierno dictará las medidas precisas para el desarrollo y aplicación de esta disposición. El presente Real Decreto-Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado" (art. 7).

B) Reglas especiales para las situaciones de crisis de los Bancos, Cajas de Ahorros y Cooperativas de Crédito:

Las especialidades que, a este respecto, introduce el Real Decreto-Ley son las siguientes:

a) En caso de suspensión de pagos. Cuando la entidad se presente en esta situación con arreglo a la Ley de 26 de julio de 1922, los dos Interventores, de los admitidos por el artículo 4 de la Ley, serán designados de las listas que, a este fin, remita el Fondo de Garantía de Depósitos correspondiente.

Si se procede a la suspensión y sustitución de los Organos de administración de la Entidad suspensa, con arreglo al artículo 6 de la Ley, será Administrador el Fondo de Garantía de Depósitos (art. 6, p. 1).

b) En caso de declaración formal de quiebra. Las funciones del Comisario, Depositario y Síndicos serán asumidas por el Fondo de Garantía de Depósitos correspondiente, que sustituirá a aquéllos a todos los efectos (art. 6, p. 2).

c) Beneficio de pobreza. Gozarán de este beneficio los Bancos, Cajas de Ahorros y Cooperativas de Crédito declarados en quiebra o que incurran en sobreseimiento definitivo en expediente de suspensión de pagos, salvo que una vez liquidado su patrimonio y pagados los acreedores resulten bienes suficientes para hacer efectivas las costas y gastos judiciales (art. 6, p. 3, párrafo 2º).

C) Fondos de Garantía de Depósitos en Cajas de Ahorros y Cooperativas de Crédito:

a) Fondo de Garantía de Depósitos en Cajas de Ahorros. Naturaleza, objeto y organización: Este Fondo tendrá personalidad jurídica pública y plena capacidad para el desarrollo de sus fincas en régimen de Derecho privado. No estará sujeto a las normas reguladoras de las Entidades estatales autónomas y de las sociedades estatales. Su objeto será garantizar los depósitos en las Cajas de Ahorros, en las condiciones que el Gobierno establezca y actuar para reforzar la solvencia y mejorar el

funcionamiento de las mismas en defensa de los intereses del propio Fondo.

El Fondo será regido y administrado por una Comisión gestora integrada por representantes del Banco de España y de las Cajas de Ahorro, nombrados por el Ministerio de Economía y Comercio (art. 1).

b) Fondo de Garantía de Depósitos en Cooperativas de Crédito: Su naturaleza, objeto y organización se regula de forma exactamente igual a la expuesta anteriormente para el Fondo de Garantía de Depósitos en Cajas de Ahorro (véase el art. 2), creándose tal Fondo de nueva planta.

c) Disposiciones comunes para ambos Fondos de Garantía:

1. Constitución de su patrimonio: El patrimonio de los Fondos se surtirá con aportaciones anuales de las Entidades integradas en cada uno (equivalentes al 1 por 1.000 de sus depósitos) y aportaciones anuales del Banco de España de igual importe conjunto. La cuantía podrá ser elevada al 2 por 1.000 si el saldo de los anticipos del Banco de España supera cuatro veces las aportaciones del último ejercicio. Podrán también disminuirse las aportaciones si la cuantía del Fondo es suficiente para sus fines (art. 3).

2. Régimen fiscal: En el Impuesto de Sociedades gozarán de la misma exención que el Banco de España.

En los Impuestos indirectos gozarán de exención tanto su constitución como funcionamiento y operaciones para cumplir los fines del Fondo. La exención se extenderá a los tributos indirectos cuyo importe debe serles repercutido (art. 4).

3. Facultades del Banco de España: Ejercerá las mismas que le corresponden en relación con Entidades bancarias, con arreglo al Real Decreto-Ley 5/1978, de 6 de marzo (arts. 1 y 2; suspensión temporal de los órganos de Administración y Dirección, intervención provisional, intervención en la liquidación) respecto a situaciones de similar naturaleza que se produzcan en Cajas de Ahorro y Cooperativas de Crédito (artículo 5).

4) Beneficio de pobreza: Estos Fondos y, además, el Fondo de Garantía de Depósitos en establecimientos bancarios gozarán del beneficio de pobreza ante todos los juzgados, tribunales y jurisdicciones en cuantos procedimientos intervenga, activa o pasivamente (art. 6, p. 3, párrafo 1º).

2) Observaciones.

El presente Real Decreto-Ley tenía, según su preámbulo, una finalidad especialmente organizativa y unificadora, ya que se limitaba a extender a las Cajas de Ahorro y Cooperativas de Crédito el régimen vigente para el Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, cuya regulación principal se encuentra en el Real Decreto-Ley 4/1980, de 28 de marzo. Para ello se modifica el Fondo de Garantía de Depósitos en Cajas de Ahorro, que fue creado por el Real Decreto 2.860/1980, de 4 de diciembre, atribuyéndole personalidad jurídica independiente, sobre todo (anteriormente se encontraba integrado en el Banco de España, véase el artículo 1 del Real Decreto citado), y se crea una entidad equivalente para las Cooperativas de Crédito.

**12. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.** Se modifican algunos artículos de su Reglamento.

Real Decreto 2.574/1982, de 24 de septiembre ("B. O. E." del 15 octubre).

Reciben nueva redacción los artículos 3, 6 letra a), 50, p. 1, 123, 124, p. 2 y 131 del Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia, aprobado por Decreto 538/1965, de 4 de marzo.

La reforma tiene por finalidad concretar que la competencia del Tribunal es privativa en el orden administrativo, que las resoluciones de las Secciones del Tribunal son recurribles en súplica ante el Pleno y que las decisiones de éste podrán ser objeto de recurso contencioso-administrativo. La posible suspensión de la ejecución de las decisiones recurridas se regirá por lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

La nueva regulación se funda expresamente en la necesidad de acomodar el Reglamento a los preceptos constitucionales, especialmente los artículos 24, p. 1; 106, p. 1, y 117, p. 5 de la Ley Fundamental. Una vez admitida sin reservas la naturaleza administrativa del Tribunal y de los procedimientos ante el mismo, llama la atención que se configure un "recurso de súplica" del cual sea competente el Pleno, ya que la Ley de Procedimiento Administrativo reserva esta denominación a los recursos de alzada ante el Consejo de Ministros, Comisiones Delegadas o Presidencia del Gobierno (véase su art. 122, p. 3).

**13. CAJAS DE AHORRO.** Regula el Fondo de Garantía de Depósitos.

Real Decreto 2.575/1982, de 1 de octubre ("B. O. E." del 15).

El presente Real Decreto determina las funciones y régimen de actuación de la Comisión Gestora del Fondo de Garantía de Depósitos en Cajas de Ahorro, las aportaciones anuales de las mismas cajas, los requisitos exigibles para ser miembro del Fondo y el alcance de la garantía que presta. Desarrolla, de esta forma, lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 18/1982, de 24 de septiembre.

Interesa destacar que la garantía de los depósitos tendrá el límite de un millón quinientas mil pesetas por depositante, cualquiera que sea el número y clase de depósitos de que sea titular en la misma Caja de Ahorros. El Fondo satisfará el importe de los depósitos garantizados en caso de suspensión de pagos o quiebra de una Caja de Ahorros, subrogándose en todos los derechos de los depositantes.

Las funciones de la Comisión Gestora se extienden a la conminación a las Cajas de Ahorro para que adopten medidas de restablecimiento patrimonial, la práctica de operaciones financieras tendentes al mismo fin o, subsidiariamente, la disolución y liquidación de las Entidades en crisis.

**14. COOPERATIVAS DE CREDITO.** Regula el Fondo de Garantía de Depósitos.

Real Decreto 2.576/1982, de 1 de octubre ("B. O. E." del 15).

El presente Real Decreto es reproducción exacta del anterior pero referido a las Cooperativas de Crédito. Se regulan de la misma forma la Comisión Gestora del Fondo, el alcance de la garantía de depósitos, y las funciones interventoreras de dicha Comisión.

**15. CENSORES DE JURADOS DE CUENTAS.** Se aprueban los Estatutos del Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España.

Real Decreto 2.777/1982, de 24 septiembre ("B. O. E." del 4 de noviembre).

El Estatuto aprobado regula la composición del Instituto, sus miembros, organización y algunos aspectos de las actuaciones profesionales de los Censores.

Se aborda también la regulación de las Sociedades de auditoría, que deberán estar constituidas por miembros numerarios del Instituto y bajo la forma de Sociedades civiles o regulares colectivas.

**16. CONTRATO DE SEGURO.** Se regula la documentación técnica y contractual para operar en ramos distintos del de vida.

Orden de 22 de octubre de 1982 ("B. O. E." del 13 de noviembre).

Se dispone, de conformidad con el artículo 27, p. 2 del Reglamento de Seguros de 2 febrero 1912, redactado por Real Decreto 1.335/1979, de 10 de mayo, que los modelos de pólizas, bases técnicas y tarifas de Entidades aseguradoras inscritas en el Registro especial no precisarán aprobación administrativa previa, bastando la presentación de la documentación que se detalla. Sólo se exceptúan de este régimen los seguros obligatorios y los sometidos al régimen de precios autorizados.

Además se regula la documentación contractual y técnica que deberá presentarse y los requisitos que debe reunir (distinguiéndose los modelos de pólizas, las tarifas de primas, la información estadística, y las bases técnicas), la inscripción de nuevas entidades o ampliación de actividades, las modificaciones en documentación distinta de pólizas y tarifas, y el control administrativo sobre la utilización de cláusulas contractuales, pólizas o tarifas.

**17. CONTRATO DE SEGURO.** Se regula el ramo de Defensa Jurídica.

Orden de 23 de octubre de 1982 ("B. O. E." del 15 de noviembre).

Ante el desarrollo alcanzado por esta modalidad de seguro, se acomete su regulación, dentro del marco formado por la Ley del Contrato de Seguro, de 8 octubre 1980, el Reglamento de 1912 y la Orden de 22 de octubre de 1982 (reseñada anteriormente).

Mediante este seguro las Entidades aseguradoras garantizarán a sus asegurados, dentro de los límites pactados, la asistencia jurídica extrajudicial y procesal por causas derivadas de la actividad descrita en la póliza, así como las reclamaciones de daños y perjuicios que formule el asegurado cuando así se haya pactado. La defensa jurídica incluye todas las gestiones y requisitos que deban realizarse para cubrir el riesgo principal, pero no el pago de las multas o sanciones que se impongan al asegurado.

Serán condiciones generales mínimas la libre elección de Abogado y Procurador, la libertad de actuación de éstos, la fijación de un límite a los pagos de honorarios, el pago de gastos urgentes y la previsión de mecanismos para decidir la utilización de recursos o transacciones.

Las tarifas de primas y demás aspectos económicos del seguro se regulan con detalle por la Orden.

Expresamente deberá destacarse en las pólizas el criterio para solucionar los posibles conflictos de intereses entre el asegurado y la Entidad, que deberá gestionar este ramo con la debida separación. Este seguro podrá ofrecerse como accesorio del de responsabilidad civil cumpliendo las Entidades la normativa vigente.

#### 18. ENTIDADES ASEGURADORAS. Se regulan el margen de solvencia, el fondo de garantía y las operaciones de reaseguro.

Real Decreto 3.051/1982, de 15 de octubre ("B. O. E." del 19 de noviembre).

Con la finalidad de adaptar el sector asegurador a la normativa de la Comunidad Económica Europea y de la OCDE se regulan las siguientes materias principales:

1) Margen de solvencia: Patrimonio propio de cada Entidad no comprometida en cada ejercicio económico, deducidos los elementos inmateriales. La disposición detalla su contenido y límites mínimos de cuantía.

2) Fondo de garantía: Compuesto, en general, por la tercera parte del margen de solvencia, se determinan su composición y cuantías mínimas.

3) Adopción de medidas cautelares por la Dirección General de Seguros: En los casos previstos, que manifiesten una situación de deterioro económico de las Entidades Aseguradoras, la Dirección General podrá adoptar medidas para lograr su saneamiento.

4) Operaciones de reaseguro: Podrán realizarse por Empresas aseguradoras o dedicadas exclusivamente al reaseguro, españolas o extranjeras, cumpliendo las condiciones que se establecen, especialmente la autorización administrativa salvo para las entidades que operen en el extranjero y sin establecimiento en España.

Además se modifican algunos aspectos de la normativa vigente en relación con los valores aptos para la cobertura de reservas y la valoración de bienes inmuebles.

**19. SEGUROS.** Se actualizan los límites cuantitativos de cobertura del Seguro Obligatorio del Automóvil.

Orden de 10 noviembre 1982 ("B. O. E." del 22).

Los límites de las indemnizaciones a cargo del Seguro Obligatorio del Automóvil se fijan, para los siniestros que se produzcan a partir del día 1 de diciembre de 1982, en las siguientes cantidades:

- a) Asistencia médica-hospitalaria en Centros no reconocidos por el Consorcio, 75.000 pesetas.
- b) Pensión de asistencia personal y familiar, 800 pesetas/día.
- c) Indemnización por incapacidad temporal, 800 pesetas/día.
- d) Indemnización por incapacidad permanente, 800.000 pesetas/día.
- e) Indemnización por muerte, 1.000.000 de pesetas.
- f) Indemnización por gran invalidez, 1.500.000 pesetas.

Correlativamente se establece también una actualización de las tarifas del seguro.

Estas modificaciones se fundan en la autorización contenida en el Real Decreto 1.653/1980, de 4 de julio, de reforma parcial del Seguro Obligatorio del Automóvil.

**20. AGENTES DE SEGUROS.** Se aprueban los Estatutos de sus Colegios.

Real Decreto 3.143/1982, de 15 de octubre ("B. O. E." de 24 noviembre).

Los Estatutos aprobados regulan la organización y funcionamiento del Colegio Nacional de Agentes de Seguros y de los restantes Colegios, así como sus relaciones con los colegiados.

En el lugar oportuno se hace constar la obligatoriedad de la colegiación para el ejercicio de la profesión de Agente de Seguros.

#### IV. DERECHO PROCESAL

**21. CONTRATOS Y OPERACIONES DE CREDITO.** Se regulan las actas notariales de determinación del saldo de las cuentas.

Real Decreto 2.680/1982, de 15 de octubre ("B. O. E." del 28).

A) Exposición.

1. Operaciones a las que resulta aplicable este régimen: El Real Decreto se refiere sólo a los contratos y operaciones de crédito de cual-

quier clase, otorgadas mediante escritura pública por Entidades de crédito, ahorro y financiación, en que se hubiese pactado que la cantidad líquida exigible en caso de ejecución sea determinada en acta notarial.

2. Regulación del acta notarial: El Notario, a requerimiento de los representantes legales de la Entidad, la levantará determinando y fijando el saldo de la cuenta, con incorporación de la certificación de la Entidad acreedora y referencia de la documentación que lo acredite.

#### B) Observaciones.

1. La presente disposición, a pesar de su aparente simplicidad, plantea importantes problemas y, sobre todo, su legalidad es muy dudosa.

La Exposición de Motivos que precede al artículo único del Real Decreto hace referencia: Primero, a la frecuente utilización del sistema de pactar en los préstamos bancarios que la determinación de la cantidad líquida exigible en caso de ejecución se haga en certificación bancaria incorporada a acta notarial; y, en segundo lugar a la Orden del Ministerio de Justicia de 21 abril 1950 y al artículo 47 de la Ley del Notariado, de 1862.

2. Los argumentos expuestos no son suficientes, sin embargo, para fundar lo que dispone el Real Decreto.

El hecho de que se utilice en la práctica el sistema que se pretende instaurar formalmente puede recomendar una reforma normativa pero no supone la legalidad del sistema ni puede afectar al rango normativo de las disposiciones reguladoras. La determinación de los títulos ejecutivos y los requisitos que deben reunir es una materia reservada totalmente a la Ley (art. 1.429 Ley de Enjuiciamiento Civil), no accesible a la autonomía de la voluntad (art. 1.255 del Código civil). En este sentido debe advertirse que lo que, en realidad, recibe fuerza ejecutiva, según la nueva regulación, es el acta notarial con la certificación de la Entidad financiera incorporada, es decir, que se crea un nuevo título que lleva aparejada ejecución. Inciso las características de este título, cuya procedencia unilateral de la Entidad prestamista es evidente, chocan frontalmente con lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código civil.

Por otra parte, el rango reglamentario de la disposición reseñada es insuficiente para regular una materia como esta, puramente procesal. No cabe, así lo ha señalado reiteradamente la doctrina administrativa, realizar un desarrollo reglamentario de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como parece pretender hacerse con este Real Decreto. Por esta misma razón resulta inadecuada la referencia a la Orden citada de 21 abril 1950, pues, no sólo no apoya la legalidad del Real Decreto, sino que pone de manifiesto los mismos defectos en que incurre. En efecto, dicha Orden estableció un régimen semejante al reseñado pero relativo a las pólizas de crédito intervenidas por Agentes de Cambio y Bolsa o Corredores de Comercio y también rebasa los límites de la potestad reglamentaria de la Administración.

Finalmente, el artículo 47 de la Ley del Notariado de 28 mayo 1862, citado también, habilitó al Gobierno para dictar "las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para el cumplimiento de esta Ley", pero el

contenido del Real Decreto a que nos referimos, que se refiere a materias distintas, determina que sea inadecuado fundarlo en tal habilitación.

Debe indicarse, para concluir, que el Real Decreto se dicta en contra del dictamen del Consejo de Estado y de acuerdo con el voto particular formulado por un miembro de tal Órgano Consultivo.

**22. MUTUALIDAD GENERAL DE PREVISION DE LA ABOGACIA.** Se regula el uso de las pólizas y del papel profesional.

Orden de 7 octubre 1982 ("B. O. E." del 28).

La presente Orden establece las clases y cuantías de las pólizas de la Mutualidad y del papel profesional, determinando los criterios para su aplicación.

Al igual que la anterior Orden de 30 mayo 1974, que regulaba esta materia y es derogada por la presente, se parte de la base de que la utilización de las pólizas y papel dichos es obligatoria para los letrados, siendo sólo voluntaria cuando haya mediado el beneficio de pobreza. Tal carácter obligatorio resulta del Decreto de 9 mayo 1974, que asigna al uso de las pólizas la condición de carga corporativa y señala lo inexcusable de su empleo, estando a cargo del Letrado actuante. De este modo las cuestiones relativas a las pólizas y papel profesional no sobrepasan los límites de las relaciones internas colegiales.

Por el contrario, resulta improcedente la extensión, hecha por el Decreto citado, de la aplicación, a este caso, de la disposición común 17 del Decreto de 18 junio 1959, regulador de las tasas judiciales, dada la distinta naturaleza de las pólizas de la Mutualidad.

**23. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.** Se aprueba su Reglamento de Organización y Funcionamiento.

Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 6 de octubre de 1982 ("B. O. E." del 24 noviembre).

Este nuevo Reglamento viene a sustituir a los anteriores Reglamentos de Organización de los órganos técnicos del Consejo, de 12 noviembre 1980, de Personal del Consejo (de 6 mayo 1981 y del Servicio de Inspección, de 27 mayo 1981. Consta de 264 artículos, distribuidos en seis títulos que llevan las siguientes rúbricas: De la composición del Consejo General del Poder Judicial y del Estatuto jurídico de sus miembros; De la elección de los Vocales de procedencia judicial; De los órganos del Consejo General del Poder Judicial y del régimen de sus reuniones; De los órganos técnicos al servicio del Consejo General del Poder Judicial y De las actuaciones del Consejo General del Poder Judicial.

## V. OTRAS DISPOSICIONES

24. NOTARIADO. Instrucción dirigida a determinar la forma de actuación de los Fedatarios electorales.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 septiembre 1982 ("B. O. E." del 1 de octubre).

Esta Resolución da instrucciones para que los Fedatarios electorales extiendan las actas que levanten en ejercicio de sus funciones. Se cumple así lo dispuesto en el artículo 22 del anexo IV del Reglamento Notarial, redactado por el Real Decreto 1.954/1982, de 30 de julio (véase su reseña en este ANUARIO, tomo XXXV-4, disposición núm. 30 de la Información Legislativa).

Por Resolución del mismo Centro Directivo de 23 de septiembre se fijan las cantidades que han de satisfacer los solicitantes de adscripciones de Notarios o Fedatarios electorales ("B. O. E." de 1 de octubre).

### 25. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. Se aprueba su Reglamento.

Real Decreto 2.631/1982, de 15 de octubre ("B. O. E." de los días 21 a 27).

La vigente Ley reguladora del Impuesto sobre Sociedades, 61/1978, de 27 diciembre, señaló que por el Ministerio de Hacienda y, en su caso, por el Gobierno se dictarían las disposiciones necesarias para su desarrollo y aplicación (disp. final 3.<sup>a</sup>, pár. 2.<sup>o</sup>). Cumpliendo la previsión legal se dicta el presente Reglamento que regula con detalle el régimen del Impuesto.

Consta el Reglamento de 400 artículos distribuidos en dos Títulos dedicados, respectivamente, al régimen general y a los regímenes especiales del Impuesto; será aplicable a los ejercicios iniciados a partir de 1 de enero de 1983, fecha en la que quedarán derogadas todas las demás disposiciones administrativas sobre la materia, salvo las señaladas por la disposición final 2.<sup>a</sup>.

El texto del Reglamento va precedido de una larga Exposición de Motivos que constituye una interesante exposición de las vicisitudes por que ha atravesado en España la imposición de las rentas empresariales.

Por Orden del Ministerio de Hacienda de 27 octubre 1982 ("B. O. E." del mismo día) se ha desarrollado el artículo 82, núm. 7, del Reglamento, estableciéndose el régimen aplicable a los "créditos de dudoso cobro" y a las "dotaciones a los fondos de provisión para insolvencias" efectuadas por Entidades de crédito.

**26. DERECHOS HUMANOS.** Reconocimiento de la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Declaración formulada por el Ministro de Asuntos Exteriores en 24 septiembre 1982 ("B. O. E." del 23 octubre).

Por esta Declaración España reconoce por un nuevo período de tres años, a partir del 15 de octubre de 1982, como obligatoria de pleno derecho y sin convenio especial la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para conocer de todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio Europeo, firmado en Roma el 4 noviembre 1950.

Se renueva, así, la declaración aneja al Instrumento de Ratificación del Convenio fechado el 26 septiembre 1979. Tal como se hizo entonces, y permite el artículo 46 del Convenio, la declaración se hace bajo condición de reciprocidad.

**27. ESPECTACULOS PUBLICOS.** Se aprueba el Reglamento General de Policía de espectáculos y actividades recreativas.

Real Decreto 2.816-1982, de 27 de agosto ("B. O. E." del 6 de noviembre).

Este Reglamento sustituye al anteriormente vigente, de 3 de mayo de 1935, y en su articulado (se compone de 82 artículos) regula los siguientes temas: Lugares, recintos e instalaciones destinados a espectáculos y recreos públicos; Organización de los espectáculos y actividades recreativas. Como corresponde a su naturaleza, el Reglamento regula las competencias en la materia de las diferentes Autoridades administrativas y las sanciones aplicables en los casos de contravención de sus preceptos.

Las disposiciones del Reglamento se aplicarán supletoriamente respecto de las demás especiales referentes a todas o alguna de las actividades reguladas.

**28. APARTAMENTOS Y VIVIENDAS TURISTICAS.** Ordenación de los apartamentos turísticos y las viviendas turísticas vacacionales.

Real Decreto 2.877/1982, de 15 de octubre ("B. O. E." del 9 de noviembre).

**A) Exposición.****1. Régimen de los apartamentos turísticos.**

a) Concepto: Sólo tendrán tal consideración los bloques o conjuntos de apartamentos y los conjuntos de villas, chalés, bungalows y similares

que sean ofrecidos empresarialmente en alquiler, de modo habitual, debidamente equipados para su inmediata ocupación, por motivos vacacionales o turísticos.

b) Beneficios de que gozan: A estos apartamento se aplicará la presente disposición, recibirán la denominación oficial de apartamentos turísticos y tendrán derecho a ser incluidos en las guías oficiales y en las acciones de fomentos que promueva la Administración.

c) Condiciones de la explotación: Requiere la previa clasificación administrativa de los apartamentos y la constitución de fianza por la Empresa explotadora.

La explotación de los apartamentos podrá realizarse por bloques y por conjuntos; en todo caso la cesión del uso de apartamentos incluye los servicios e instalaciones accesorias y comunes, aunque la Empresa podrá ofrecer servicios complementarios. Los precios de estancia se fijarán libremente, pero deberán ser notificados a la Administración Turística y aceptados por escrito por el cliente.

El plazo de duración no podrá ser inferior a tres días ni superior a cuarenta y cinco, salvo las posibles prórrogas que acuerden las partes.

## 2. Régimen de las viviendas turísticas vacacionales.

a) Concepto: Son las unidades aisladas de apartamentos, bungalows, villas y chalets, y en general cualquier vivienda que, con independencia de sus condiciones de equipo, se ofrezcan en alquiler por motivos vacacionales o turísticos.

b) Condiciones de explotación: Para su apertura y funcionamiento se requiere notificar al Organismo competente su dedicación al tráfico turístico.

## B) Observaciones.

Como puede observarse, la presente disposición forma parte del llamado Derecho Administrativo Turístico y afecta, por tanto, a la ordenación pública del sector económico, vinculando a las empresas explotadoras sujetas a un control administrativo especial. La incidencia de este régimen sobre las relaciones privadas es simplemente refleja o indirecta.

El Real Decreto declara expresamente vigentes el Decreto 393/1974, de 7 febrero, y la Orden de 16 septiembre 1974, sobre control gubernativo de usuarios y ocupantes de determinados establecimientos turísticos.

## 29. ADMINISTRACION DEL ESTADO. Se aprueban medidas urgentes de reforma administrativa.

Real Decreto-Ley 22/1982, de 7 de diciembre ("B. O. E." del 8).

Una de las primeras medidas adoptadas por el nuevo Gobierno, formado después de las elecciones legislativas del día 28 de octubre, fue la reforma de la estructura del Gobierno y de los órganos superiores de la Administración, plasmadas en la presente disposición.

De este modo, los Departamentos ministeriales de la Administración Central del Estado son:

- Asuntos Exteriores.
- Justicia.
- Defensa.
- Economía y Hacienda.
- Interior.
- Obras Públicas y Urbanismo.
- Educación y Ciencia.
- Trabajo y Seguridad Social.
- Industria y Energía.
- Agricultura, Pesca y Alimentación.
- Presidencia.
- Transportes, Turismo y Comunicaciones.
- Cultura.
- Administración Territorial.
- Sanidad y Consumo.

**30. MEDIDAS FINANCIERAS URGENTES.** Se adoptan medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria.

Real Decreto-Ley 24/1982, de 29 de diciembre ("B. O. E." del 31).

La presente disposición tiende a evitar el vacío normativo que produciría la falta de aprobación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1983 antes del comienzo del ejercicio. De este modo se complementan los efectos de la prórroga automática del Presupuesto, establecida por la Constitución (art. 134, p. 4).

Junto a medidas de índole temporal el Real Decreto-Ley introduce también reformas permanentes de la legislación administrativa y tributaria, incorporando a los textos preceptos que venían siendo reiterados en las leyes de Presupuestos de los últimos años.

El texto de la disposición se divide en los siguientes apartados:

- De las operaciones financieras, en el que se establecen los límites de los avales del Estado, de las operaciones de emisión de empréstitos públicos y de la moneda metálica en circulación.
- Normas de contratación, que modifican algunos aspectos de la Ley de Contratos del Estado.
- Normas tributarias, en que se regulan de forma permanente las deducciones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, los incrementos de patrimonio, retenciones, ciertos aspectos de los Impuestos extraordinarios sobre el Patrimonio y sobre Sociedades.

Igualmente se fijan los tipos del Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas y del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (para actos sujetos relativos a inmuebles), las bases imponibles del Impuesto sobre el Lujo, la tarifas de las tasas y tributos parafiscales y ciertos puntos de los impuestos especiales.

Se asegura la vigencia continuada, por fin, de las tarifas de licencias fiscales y de los valores catastrales de la Contribución Territorial Urbana.

El último artículo establece la obligación de Agentes de Cambio y Rolsa, Corredores de Comercio, Juntas Sindicales o Notarios de comunicar a la Administración las operaciones sobre valores o efectos de comercio en que intervengan, así como de presentar sus libros y registros a la Inspección Financiera y Tributaria, cuando les sea requerido (art. 26, obligaciones de información).

La entrada en vigor del Real Decreto-Ley se producirá el día 1 de enero de 1983 (disp. final 5.º).

**31. FOMENTO DEL EMPLEO.** Se modifica el Real Decreto 1.445/1982, de 25 de junio, que reguló diversas medidas de fomento del empleo.

Real Decreto 3.887/1982, de 29 de diciembre ("B. O. E." del 31).

El Real Decreto 1.445/1982, de 25 de junio (reseñado en este ANUARIO, tomo XXXV-IV, disposición núm. 22 de la Información Legislativa) reguló, entre otras materias, ciertas modalidades de contratación que se instrumentaban como medidas de fomento del empleo. El presente Real Decreto da nueva redacción a los artículos 4 a 6 del anterior relativos a la contratación temporal. Las nuevas reglas se aplicarán a los contratos que se concierten hasta el día 31 de diciembre de 1983; debiendo destacarse que su duración podrá ser de hasta dos años, con un mínimo de seis o tres meses pero con posible prórroga. Los contratos se transformarán en otros de tiempo indefinido cuando el trabajador no sea dado de alta oportunamente en la Seguridad Social.

La utilización de estos contratos se limita a porcentajes de la plantilla, según el número de trabajadores de las empresas.

Las normas vigentes con anterioridad seguirán rigiendo los contratos celebrados a su amparo.

## NOTAS CRITICAS

**PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel:** «Derechos reales, Derecho hipotecario». Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones. Madrid, 1982. Un volumen de 621 páginas.

La primera consecuencia que se deduce de la lectura de esta obra es la de que su contenido, pese a estar destinada a la enseñanza de la asignatura correspondiente en la Facultad de Derecho, excede con mucho a lo que suele ser normal en un libro de tal finalidad. El profesor Peña, en efecto, no se limita a exponer con toda precisión y concisión las nociones fundamentales de las diversas figuras y a reproducir los textos básicos de las normas legales pertinentes, sino que, además, no duda en indicar su propia versión en cualquier punto dudoso o conflictivo, en refutar, cuando lo juzga necesario, posiciones doctrinales erróneas y en traer a colación la cita o breve comentario de cualquier sentencia del Tribunal Supremo o Resolución de la Dirección de los Registros, que resulte esclarecedora para la mejor comprensión del concepto abstracto que ha de ser expuesto. Igualmente, cada capítulo contiene una referencia exhaustiva a la doctrina española, incluso monográfica, publicada sobre el tema, lo que, junto al copioso bagaje jurisprudencial utilizado, supone que nos encontramos ante un verdadero tratado sobre los Derechos reales y no ante un sencillo manual de exclusivo uso didáctico.

Esta primera impresión se verá confirmada con el análisis más pormenorizado de las materias estudiadas en la obra, la cual aparece dividida en dos grandes partes: la primera destinada a los Derechos reales en general y la segunda al Derecho registral inmobiliario. Ambas partes aparecen subdivididas a su vez en títulos, capítulos, secciones y subsecciones, a imagen del propio Código civil.

En la primera parte, tras una muy clara exposición del concepto de los derechos reales con especial referencia a la teoría obligacionista y a su crítica, a las posibles figuras intermedias y a los derechos reales atípicos, un amplio capítulo trata de los modos de adquirir el dominio y demás derechos reales (ocupación, tradición, adquisiciones «a non domino» y usucapión), completado por el capítulo siguiente referido a los modos de pérdida, con especial examen del abandono, de la renuncia y de la revocación.

Muy apretado es el título relativo al siempre difícil tema de la posesión, que sirve de preludio al estudio de la propiedad, en el cual el autor va examinando esta institución, la estructura del derecho subjetivo de propiedad y la accesión, para terminar con un muy interesante enfoque de las limitaciones de la propiedad y de los medios de defensa de ésta.

Particular interés tiene, a mi juicio, el título cuarto, donde se estudian las propiedades especiales, pues es una materia que por su contenido fundamentalmente administrativo suele ser examinada con cierto descuido por nuestros civilistas. Nada de ello ocurre en esta obra. El autor ha sabido recoger en apretada síntesis la serie de disposiciones antiguas y recientes sobre la materia, para exponerla con concisión y coherencia encomiables.

Demuestra, sobre todo, su completo dominio sobre una cuestión difícil, como es la relativa a la propiedad intelectual, en la que convergen leyes del siglo pasado con otras leyes y disposiciones de inferior rango muy modernas y con los convenios internacionales. El conjunto normativo realmente caótico que resulta es desmenuzado magistralmente, empezando ya por la propia naturaleza del derecho de autor, modalizado por su vinculación a la persona, el carácter inmaterial de su objeto y el significado social y cultural de éste. El aspecto patrimonial del derecho de autor, especialmente cuando se concreta en una cosa determinada y cuando surgen en torno a ella derechos afines o conexos, queda expuesto con rigor y con claridad, lo mismo que los problemas de la transmisión de estos derechos y el significado del requisito de la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual. Además, el autor no se limita a la exposición sistemática de un conjunto tan disperso y heterogéneo, sino que llevado de su sentido crítico y de justicia no duda en denunciar las ilegalidades y abusos que han aparecido a veces en nuestra patria, por ejemplo, al comentar la Orden de 24 de abril de 1945 en cuanto a los derechos exagerados concedidos a los productores de discos o en cuanto a las facultades excesivas que parece arrogarse la Sociedad General de Autores de España que, por sus límites a la propiedad intelectual y el monopolio de explotación de las obras, podrían ser tildadas de ilegales y hoy, incluso, de anticonstitucionales.

El título quinto está dedicado a la comunidad de bienes y en él se expone tanto lo relativo a la comunidad ordinaria, como a las comunidades especiales (aprovechamientos comunales, propiedad horizontal y medianería), para examinar a continuación los derechos reales de goce (usufructo, uso y habitación y servidumbres). Particular interés en este punto la explicación que da el autor acerca del artículo 541, es decir, la adquisición de servidumbre «por destino del padre de familia». Apartándose de la doctrina dominante, defiende Peña con agudeza que se trata también aquí de una adquisición por negocio jurídico: el de enajenación de una de las fincas, porque no debe olvidarse que todo contrato obliga no sólo a lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias, que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, según la letra del artículo 1.258 del Código civil.

El título dedicado a los censos y derechos análogos contiene ideas muy interesantes sobre la naturaleza de los censos consignativo y reservativo y, sobre todo, una construcción esclarecedora sobre el derecho de superficie, en el que distingue el autor sus dos posibilidades, ya como derecho de carácter censuario (al que se referían sin duda los artículos 1.611 y 1.655 del Código), ya sin este carácter, es decir, por constituirse como propiedad o como derecho real, pero sin canon. Se examinan también aquí las relaciones entre el artículo 16 del Reglamento hipotecario y el derecho de superficie urbanística, regulado por la Ley del Suelo de 1976, así como ciertos derechos de superficie poco conocidos, los establecidos sobre montes vecinales en mano común y los llamados «consorcios forestales».

Muy apretado es el título relativo a los derechos reales de adquisición (opción, tanteos y retractos voluntarios, retracto convencional y retractos

iegaies), en el que ofrece el autor una buena explicación del carácter real de los retractos legales, especialmente para justificar la solución del artículo 37 de la Ley Hipotecaria de que puedan ejercitarse tales derechos incluso contra terceros adquirentes inscritos.

En el título relativo a los derechos reales de garantía va tratando el autor de su concepto general, del examen pormenorizado de la prenda, anticresis e hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, para detenerse muy especialmente en el estudio de la hipoteca ordinaria. En esta primera parte es muy sugestiva la referencia a las figuras, tan extendidas en la práctica, de las garantías reales atípicas, como pueden ser la venta con garantía, el derecho de opción, el de recuperar la cosa vendida por impago del precio, el pacto de reserva de dominio, el derecho de retención y la prohibición de disponer. Con relación a todas ellas llama la atención Peña sobre dos límites que no pueden ser fácilmente traspasados, a pesar de que ello se olvida con facilidad por la doctrina y de que lo autoriza con exageración la Compilación de Navarra. Estos límites son: que no cabe pactar prelaciones de créditos fuera de los tipos legales que establece el artículo 1.925; que está prohibido el pacto comisorio, sin perjuicio de que juegue la condición resolutoria en favor del vendedor.

La parte relativa a la hipoteca ordinaria, si la unimos con la destinada a exponer el derecho inmobiliario registral, comprende un número muy considerable de las páginas del libro (concretamente desde la página 411 hasta el final), lo que significa que la obra constituye también un verdadero tratado de Derecho hipotecario, que ya no podrá ser ignorado por los especialistas en esta rama del Derecho privado. Y quizás es en esta parte donde las sugerencias originales del autor abundan más. Sin ánimo exhaustivo puede citarse, por ejemplo, la opinión de que, sin asentimiento del acreedor, no hay ningún supuesto claro en nuestro Derecho de transmisión automática de la deuda, derivada de la transmisión del bien hipotecado. Porque Peña, en efecto, con base en los artículos 1.205 del Código y 118 de la Ley Hipotecaria, rechaza uno por uno los casos que suele citar la doctrina, como son los de la enajenación judicial de la finca, de cualquier enajenación respecto de fincas gravadas con hipoteca de renta o con hipoteca de responsabilidad limitada, o incluso cuando la hipoteca lo es en favor del Banco Hipotecario, para llegar finalmente a sostener que es dudosa la eficacia del pacto por el que, al constituirse la hipoteca, se establezca que el adquirente de la finca hipotecada asumirá la obligación garantizada. Otro ejemplo lo encontramos en la interesante idea de que en el ejercicio de la acción real derivada de la hipoteca no hay normalmente personas legítimas pasivamente, mientras no se oponga alguno de los afectados (deudor o propietario) a la pretensión del actor. Y podría señalarse también la original posición del autor respecto de la prescripción de la hipoteca, de la configuración de la subhipoteca o de la construcción de las modalidades hipotecarias cuando se trate de obligaciones futuras, deuda de responsabilidad limitada, o en el caso de la llamada hipoteca unilateral. Desde otro punto de vista, y por su novedad, merece destacarse aquí el examen de las recientes formas de cédulas, bonos y participaciones hipotecarias.

Finalmente, aun dentro de su brevedad, la parte de la obra dedicada al Derecho inmobiliario registral propiamente dicho no deja tampoco de ofrecer sugerencias importantes. Por de pronto ya es original el enfoque sistemático en cuanto que Peña prescinde, por sólidas razones, de la exposición de los llamados principios hipotecarios, verdadero pie forzado que dificulta la más clara enseñanza del Derecho registral. Hay notas de interés en lo relativo a la naturaleza del procedimiento registral, a la expresión de la causa como requisito para la inscripción, o en la nueva interpretación que ofrece del artículo 313 de la Ley Hipotecaria, cuya restricción de pruebas la circunscribe al caso de que la finca esté inmatriculada. Particularmente me ha satisfecho extraordinariamente la rotunda defensa del autor de la teoría unitaria de Roca Sastre sobre la unidad del tercero protegido, en contra de la teoría dualista que viene siendo hoy casi dominante en la doctrina. Son muy convincentes los argumentos que Peña aporta en este sentido y especialmente creo que salva felizmente el escollo que siempre se ha presentado como insalvable, y que en realidad no lo es, en el caso de doble venta del artículo 1.473 del Código civil.

Lo hasta ahora dicho creo que es más que suficiente para dar una idea general de la riqueza de contenido que encierra el excelente libro de Peña. Mi exposición, además, ha quedado corta porque en la brevedad imprescindible de toda reseña crítica no es posible reflejar el cúmulo de sugerencias, relaciones e interrelaciones que van relampagueando, acerada y fulgurantemente, a lo largo de la obra, bien directamente ceñidas al texto, bien en las numerosas notas a pie de página, no por breves, menos enjundiosas... Porque una especial virtud del autor consiste en su total dominio del Derecho patrio en todas sus ramas y facetas y ello le permite en todo momento tenerlo presente como una unidad y llegar así en el estudio de cada figura a las más jugosas y esclarecedoras relaciones.

Hay un pequeñísimo lunar, a mi juicio, en el libro y no sería honrado si no lo pusiera de relieve. Y creo que el propio autor lo intuye cuando en el prefacio califica a su obra, a la vez, de densa y de leve. No parece, en efecto, que estos adjetivos sean conciliables entre sí y, en mi opinión, el primero prevalece con mucho sobre el segundo. Peña es realmente un verdadero conceptista del Derecho, que debe tener siempre presente la máxima de Gracián: «más valen quitaesencias que fárragos». Seguramente tiene razón, pero algo temo que a sus alumnos el libro llegue a resultarles difícil. Su lectura es más propia para juristas algo avezados, para los que puede ser apasionante.

Claro que a esto es posible responder que el estudiante debe prescindir de notas y de la letra pequeña y limitarse al estudio de lo sencial. Y si, además, un alumno aprovechado descubre, a través de obras como la presente, la profundidad y dificultad del Derecho, muy probablemente surgirán, por afán de superación, aunque sean pocas, vocaciones jurídicas sinceras y firmes, de las que tan necesitados estamos siempre en España.

JESÚS DÍEZ DEL CORRAL RIVAS  
Letrado de la Dirección General  
de los Registros y del Notariado

**TORNOS MAS, Joaquín:** "Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas"; con prólogo de Javier Salas; *Studia Albornotiana, XLI*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1982, 483 págs.

El libro que constituye el objeto de este comentario tiene interés por muchos motivos y tiene interés para los cultivadores de cualquier rama jurídica, también la del Derecho privado: nos demuestra concluyentemente que el llamado Derecho público económico es algo más que una mera técnica para incidir en el circuito económico (la cantidad y enjundia de las cuestiones jurídicas que se plantean es sorprendente para quien subconscientemente relaciona la noción de Derecho con el Código civil); y que hoy se impone el estudio del Derecho por campos o núcleos de problemas, no por sectores atinentes a la naturaleza de las normas o a la índole de las relaciones reguladas.

Aludiré, en primer lugar, muy esquemáticamente, al contenido de la obra, para detenerme luego en la reflexión acerca de algunos puntos.

Va encaminado el prólogo, redactado por el profesor Salas, catedrático de Derecho administrativo, fundamentalmente a enmarcar la política de precios en el seno del Ordenamiento jurídico español, haciendo referencia en concreto a la distribución de competencias, a la vista de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Las características de la política de precios determinan, en líneas generales, una competencia estatal, lo que no impide la de las Comunidades Autónomas, facultadas para cometidos que exceden de los de mera ejecución o aplicación.

En la Introducción general que sirve de pórtico al libro, el doctor Tornos, en el ámbito de unas observaciones generales, califica la política de precios como un supuesto de ejercicio, por el Estado, de su poder de ordenación, dando fin a dicha introducción unas notas generales que, según el autor, "... dominan el actual ejercicio de potestades administrativas de ordenación y, concretamente, el ejercicio de la ordenación de los precios y tarifas" (págs. 29 y ss.). Tales notas (imparcialidad, "ideología participativa", discrecionalidad, etc.), descritas someramente en estas primeras páginas, vienen a ser principio informador y substrato de la obra.

Se refiere el capítulo I a la evolución histórica del intervencionismo público en materia de precios. Frente a quien pudiera creer que se trata de un fenómeno de nuestros días, afirma Tornos que también lo fue de épocas tan lejanas como la del Antiguo Régimen y aun antes; luego, incluso en etapas de mayor apogeo liberal, fue inevitable un mínimo intervencionismo. Al avanzar el siglo XIX, el intervencionismo aumenta, deteniéndose el autor en la llamada "política de subsistencias", dictadura de Primo de Rivera, período republicano y guerra civil, así como en las diversas etapas de la dictadura de Franco, extraordinariamente interesantes (autarquía, liberalización, crisis), para desembocar en la Monarquía parlamentaria, con especiales referencias al Real Decreto de 28 de

octubre de 1977 y a los Pactos de La Moncloa y, obviamente, a la Constitución de 1978. Termina el capítulo con una descripción de la situación actual: hoy la política de precios consiste en un poder de ordenación sobre los precios de algunos bienes y servicios con el fin de luchar coyunturalmente contra la inflación, superándose la vieja política de abastos y de subsistencias: el concepto de política de precios nos viene dado, entre otros elementos, por su finalidad, lo que distingue este poder de ordenación de otros supuestos de precio impuesto.

Ello eniza con el contenido del capítulo II, destinado preferentemente a delimitar la potestad de ordenación de precios y tarifas de otras figuras. Cita el autor algunas hipótesis de intervención administrativa en los precios que, al no ser concebida como instrumento de la política económica general, no puede calificarse como "política de precios". Distinguense seguidamente algunos conceptos (tasa, tarifa y precio administrativo), refiriéndose más tarde el autor a las diversas manifestaciones y técnicas de la política de precios: precios autorizados, precios comunicados, márgenes comerciales, precios convenidos, congelación o bloqueo de precios, etc. Alude, al final del capítulo, Tornos a determinados supuestos de bienes y servicios con regímenes particulares de control de precios, supuestos que no se corresponden con la política de precios en sentido estricto; pero advierte que es posible llevar a término una verdadera política de precios mediante la determinación, por la Administración, del precio de tales bienes y servicios (se trata de los casos en los que dicha determinación obedezca a necesidades de ordenación económica general, p. e., en materia de taxis y de productos farmacéuticos).

El capítulo III ("Constitución y ordenación económica") plantea el problema de la conformidad con la Constitución de la política de precios. El autor sostiene al respecto que la norma fundamental no impide la política de precios, siendo ésta compatible con la libertad de empresa siempre que la intervención estatal no llegue a afectar el contenido esencial de dicha libertad (ref. arts. 38 y 53 de la Constitución); no obstante, entiende que la Constitución obliga a que sea la ley la que determine las líneas básicas de dicha política (no siendo posible, por ello, que lo haga un Decreto-ley o un Decreto común), lo que no implica que las medidas concretas de fijación de precios no puedan ser adoptadas por el poder ejecutivo. Alude finalmente Tornos a otros principios constitucionales que pueden afectar a nuestro tema, tales como el incremento del empleo, la redistribución de la renta, la protección del consumidor y, sobre todo, el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley.

El capítulo IV trata de la "organización administrativa de la política de precios". Se pretende en él indagar no sólo qué órganos son competentes en cada fase del procedimiento de determinación de los precios sino además cómo y por quién se hallan formados tales órganos y qué criterios emplean en sus decisiones. Dentro de la Administración Central, se alude al Consejo de Ministros, a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos y al Ministerio de Economía y Comercio. Se trata seguidamente de la Administración periférica, refiriéndose preferentemente a las Comisiones Delegadas Provinciales de Precios. Se indaga posteriormente si las Autonomías alteran este esquema, pregunta a la

que se da una respuesta afirmativa, pues, al parecer, la constitución definitiva de las Comunidades Autónomas privaría de sentido a las competencias provinciales antecitadas. Respecto de la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, cree Tornos que éstas, en materia de política de precios, sólo son competentes si un precio determinado sólo afecta a intereses regionales, debiendo en otro caso atribuirse al Estado casi todas las competencias, lo que no impide que la Comunidad Autónoma pueda colaborar con la Administración Central en la adopción de decisiones. Se alude más tarde a las técnicas participativas, distinguiéndose, a este respecto, entre miembros que son llamados a la participación por sus conocimientos técnicos y miembros que son llamados por representar a determinados sectores sociales; o entre órganos mixtos consultivos y órganos mixtos con facultades decisorias. Finaliza el capítulo con unas interesantes referencias a la CEE, cuyo Ordenamiento jurídico no impide las competencias de los Estados miembros en materia de ordenación económica.

El capítulo V trata del régimen jurídico de la política de precios y especialmente de los precios autorizados. Es quizás el núcleo de la obra. Tras subsumir la política de precios entre las actividades llamadas "de ordenación", se dedica el autor a describir, como él mismo advierte, a través de qué momentos y técnicas se lleva a cabo tal política y qué problemas jurídicos surgen al aplicarla. "La política de precios, como actividad de ordenación, se concreta —escribe el Dr. Tornos, en pág. 224— en una serie de actuaciones tanto legislativas como administrativas...". Para que sea jurídicamente posible el intervencionismo económico que esta ordenación implica, se requiere una habilitación legal que se oponga, respecto de determinadas hipótesis, al principio contenido en el artículo 1.255 del Código civil. Dicha habilitación se encuentra —lo que hoy no parecería jurídicamente correcto— en un Decreto-ley, concretamente en el artículo 3.º del Decreto-ley de 30 de noviembre de 1973. Amparándose en esa habilitación, la Administración, en el ejercicio de una actividad de carácter reglamentario, establece, entre otras cosas, los tipos de intervención de precios, el procedimiento para determinarlos, los órganos competentes y el listado de bienes y servicios afectados (ref., actualmente, al Decreto de 28 de octubre de 1977). Por último, la Administración, sustentándose en las dos fases precedentes, impone ya el precio mediante un acto administrativo general, de efecto continuado, que Tornos reputa no normativo; se trata de un acto de peculiares características jurídicas, siendo digna de mención la necesidad de su publicación, dado su mencionado carácter general. Se estudian seguidamente las diversas técnicas de intervención contempladas en el Decreto-ley de 1973, concretamente los precios comunicados y, con mayor detenimiento, a causa de su complejidad e importancia, los precios autorizados; respecto de éstos, expone pormenorizadamente el autor el procedimiento de elaboración del llamado "acto-precio", los problemas de su aplicación temporal y su fiscalización y control, para terminar reconsiderando el punto relativo a su naturaleza jurídica. Termina el capítulo con unas breves alusiones a dos variedades de la técnica de los precios autorizados: el bloqueo y las alzas condicionadas.

Afronta el capítulo VI ("Fijación de precios y relaciones contractuales previas. Contratos interprivados y contratos administrativos") el tema de la incidencia de la política de precios —y, especialmente, de las infracciones cometidas contra ella— sobre las relaciones jurídico-privadas y sobre otras en cierta manera similares. La determinación de un precio que constituya vulneración de la ordenación en que consiste la política de precios acarrearía la nulidad parcial del contrato civil o mercantil de que se trate, nulidad que sólo podrá exigirse ante los tribunales civiles, los cuales serán, asimismo, en principio, los que impondrán a una de las partes (la Administración o un particular) la restitución de lo indebidamente cobrado. Se plantea seguidamente la posibilidad de que la nueva fijación de un precio por la Administración afecte a contratos celebrados antes y aún no plenamente consumados, tema vinculado al de la retroactividad del acto-precio. Todas estas cuestiones mueven al autor a apuntar el tema de la crisis del concepto jurídico-privado de contrato, entendido como acuerdo de voluntades. Por último, alude Tornos a la repercusión de la política de precios en los contratos administrativos, cuyos precios se controlan en perjuicio del contratista, que no puede beneficiarse de la revisión pactada.

El capítulo VII se titula "Política de precios y régimen tarifario". Pudiendo ser también la tarifa afectada por la política de precios, se plantea el problema de la doble intervención de la Administración sobre una tarifa, ya que, en virtud de su poder tarifario, había intervenido ya fijando el importe de la tarifa, contemplando las circunstancias y los presupuestos del contrato de concesión. Al intervenir de nuevo —mediante otro órgano y con finalidades de ordenación económica general y, por ello, ajena a la justa y razonable regulación jurídica de la concesión—, puede la Administración impedir revisiones y aumentos de la tarifa previstos en virtud de la relación concesional, lo que perjudicará al concesionario, efecto que se anula o mitiga acudiendo a la técnica del incremento de las subvenciones. Insiste Tornos en la necesidad de diferenciar, pues, dos actos administrativos: "el acto de fijación de la tarifa por el titular de esta potestad, y la "autorización" de este alza por el órgano administrativo titular de la potestad de ordenación de precios" (página 347). Describe el autor los aspectos competenciales y procedimentales, distinguiendo, con mayor claridad que el Derecho positivo y la práctica, los dos procedimientos y sus respectivas finalidades. Termina el capítulo con interesantes referencias al equilibrio financiero que se obtendrá con compensaciones y subvenciones, añadiendo asimismo algunas consideraciones acerca de la incidencia de esta problemática sobre las relaciones entre empresas privadas.

Se titula el capítulo VIII "La garantía de la política de precios: sanción administrativa y sanción penal". Comienza el autor sosteniendo la constitucionalidad de la sanción administrativa y affirmando que ambas sanciones deben coexistir en nuestro Ordenamiento reservándose la sanción penal sólo a los casos de ataque a "valores éticos superiores" y acudiéndose a la sanción administrativa como remedio ordinario y más rápido. Dentro ya de la sanción penal, escribe el autor que los delitos y faltas que persiguen la alteración de precios vienen contemplados en los ar-

tículos 540, 541 y 574 del Código penal (los dos primeros, en la redacción impuesta por la reforma de 15 de noviembre de 1971). El texto más importante respecto de nuestro tema es el del artículo 541, del que se infiere que comete delito, entre otros, quien altera no sólo el precio "natural" del mercado sino también y especialmente el precio "artificial" (S. del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1979) fijado por la Administración, siendo en tal hipótesis el bien jurídico protegido la política económica de precios y no el patrimonio de los particulares. Tornos, a pesar del epígrafe contenido en página 397, configura este delito como "de resultado". Respecto de la sanción administrativa, alude el autor al artículo 2, b, de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, completada por el artículo 3.<sup>o</sup> del Decreto-ley de 25 de enero de 1977, por una parte; y al Reglamento de Disciplina de Mercado aprobado por Decreto de 20 de diciembre de 1974 (texto refundido —y, por ello, con valor de ley— dictado en virtud de la autorización contenida en el Decreto-ley de 27 de noviembre de 1974), por otra. Considera Tornos que, en virtud del principio *non bis in idem*, sólo será aplicable el Reglamento de Disciplina de Mercado, en cuanto norma específica que se antepone en estos supuestos a la LOP, que sólo entrará en juego en los casos de agresión al orden público en sentido estricto. Se detiene el autor en la exposición de las sanciones establecidas en el Decreto de 1974, órganos competentes, procedimiento sancionador, etc., siendo de interés la referencia, hecha en nota (pág. 403), a la S. de 18 de marzo de 1981 que declara ilegal precisamente el Decreto de 20 de diciembre de 1974, problema que Tornos trata de solucionar en el apéndice (pág. 454). Concluye el capítulo con una "valoración final" en la que se insiste en lo ya dicho y se trata el punto de la revisión judicial de la sanción administrativa, revisión que, según el autor, debe corresponder a los Tribunales contenidoso-administrativos y no a los pena'es.

El IX y último capítulo versa sobre "La responsabilidad de los poderes públicos derivada de la política de precios". A la vista de los artículos 106 de la Constitución, 40 de la LRJAE, y 120 de la LEF, plantea el autor el problema de si la Administración debe responder por los daños producidos en virtud de la política de precios. Tras unas consideraciones relativas a la posible responsabilidad del Estado en cuanto legislador (que el autor rechaza) y unas reflexiones (muy dubitativas) acerca de si la Administración puede responder no sólo por actos materiales sino, en alguna ocasión, también por actos jurídicos, se pronuncia el Dr. Tornos, respecto a nuestro tema en concreto, en contra de la responsabilidad de la Administración: "... La exclusión de toda responsabilidad derivada por la política de precios, siempre que ésta se desarrolle por los cauces legales, vendrá, pues, determinada por la falta de lesión o daño antijurídico que debe presumirse cuando se trata de medidas económicas" (página 447). Lo que, entendido como pauta general, no excluye el deber de analizar —el autor lo advierte— casos singulares en los que sí quepa indemnización.

La obra contiene, a modo de apéndice, un *post scriptum*, en el que inserta Tornos las novedades normativas, referentes al tema, acaecidas después de que el texto fuese a la imprenta. Siguen unos índices de in-

dudable utilidad: bibliográfico, de autores, analítico, de disposiciones normativas y de sentencias.

---

Sin duda, la obra objeto de esta nota tiene una importancia y una calidad poco comunes. Probablemente muchas la adoptarán desde ahora como punto de referencia obligado, refiriéndome con esta observación no sólo a aquéllas que versen sobre el tema de la intervención de la Administración sobre precios y tarifas. El libro merece un extensísimo comentario que excede en mucho de las dimensiones y pretensiones de la presente nota, pero baste con el resumen precedente y con la reflexión breve y rápida, sobre algunos puntos, que seguidamente hago.

Lo primero que sorprende es la habilidad de Joaquín Tornos para —utilizaré una expresión casi gráfica— convertir en libro ese diabólico material normativo y jurisprudencial. Cualquier monografía de Derecho administrativo —y ésta aún más— requiere una labor, propia de rompecabezas, consistente en ordenar, canalizar, conceptualizar y sistematizar centenares de elementos diversos y dispersos que se resisten discolamente a ser jerarquizados y escalonados, así como, en definitiva, comprendidos. Creo que Tornos ha ideado un esquema muy racional y razonable, que desarrolla en un lenguaje directo, sencillo y adecuado. Casi nada es ocioso, las contradicciones y oscuridades casi no se dan y la longitud —a primera vista, desmesurada— de algunas notas se halla plenamente justificada. Puestas las cosas en orden —orden no caprichoso, insisto en ello—, se entienden mejor, y se detectan, a veces, hechos divertidos, como los que protagoniza la misma Administración, que, al promulgar ciertas disposiciones normativas, ignora, olvida o confunde las que promulgó antes (ref., p. e., a págs. 172, 173 y 333).

Entrando ya en algún “punto conflictivo”, creo que merece una alusión el relativo a la calificación jurídica del acto de fijación de precio por la Administración. Defiende el autor la tesis de que el precio impuesto por la Administración debe reputarse acto administrativo general de contenido no normativo (p. e., pág. 242). Con el obvio respeto que me merecen, además de Tornos, los autores españoles y extranjeros que parecen sustentar tal opinión, debo indicar que no me convencen los argumentos invocados para sostenerla. Sí son operativos para conferir carácter normativo al acto-precio los criterios de abstracción, generalidad y aplicación sucesiva, y no lo son, a mi juicio, los utilizados para negárselo: se invoca, por ejemplo, que estamos ante el ejercicio de una potestad para resolver un concreto conflicto de intereses (pág. 241); ante ello hay que argüir que el conflicto no es concreto y que cualquier norma jurídica se halla encaminada a resolver conflictos —abstractos— de intereses. Se invoca asimismo que estos actos no pretenden perfeccionar la normatividad positiva, sino administrar intereses (pág. 241, en nota), siendo muy probable que lo primero sea inexacto y que lo segundo suceda con cualquier acto normativo. Hay quien defiende que el acto-precio supone la aplicación del reglamento y no su perfección, la solución de un conflicto y no la ordenación del modo de solventarlo (pág. 241, en nota), argumento susceptible de ser rebatido del mismo modo que el primero y recordando al prestigioso jurista que lo invoca la construcción jurídica kelseniana.

Pero —y esto es lo que verdaderamente pretendo resaltar, por juzgarlo metodológicamente importante—. ¿Importa tanto dicha calificación? Escribe Tornos (pág. 240) que "... de la naturaleza de una actividad como acto o reglamento se derivan importantes consecuencias jurídicas". No creo que ésta sea la manera más correcta de plantear el problema: aun admitiendo —lo que, para mí, como he dicho, no es tan claro— que no nos hallemos ante un acto normativo, sino ante un "acto general no normativo". ¿Para qué esa calificación y esa clasificación?. ¿Con qué finalidad? Los efectos jurídicos que debemos indagar, ¿deben depender sólo o preferentemente de un encasillamiento como éste? El hecho de que sea necesario acudir a una figura mixta de perfiles tan difusos como la del "acto general no normativo", ¿no nos sugiere que los efectos deberían investigarse un poco al margen de esas conceptualizaciones?, ¿no es sospechoso —aunque no sea terminante, desde luego— que, en pág. 324, escriba Tornos, a propósito de la incidencia de la política de precios en el negocio jurídico de venta (o similar) de que se trate, que "... El precio fijado por la Administración se impone automáticamente como norma objetiva, ajena al poder dispositivo de las partes"? Una breve nota crítica como ésta sólo puede contentarse con dejar apuntado el tema, que, sin duda, merecería una reflexión más detenida.

Y en esa misma línea, más de observaciones que de censuras —se trata de una magnífica obra, que prácticamente no merece éstas—, cabe aludir, por ejemplo, al tratamiento del tema de los precios imperativos en relación con la concepción clásica de contrato (preferentemente, págs. 327 y ss.). Se refiere el autor a la crisis actual del concepto de contrato entendido como acuerdo de voluntades, presentando implícitamente dicha conclusión como una novedad ("... lo que lleva a replantearse el valor de institutos hasta ahora intangibles" —escribe, en pág. 329, aludiendo seguidamente a la autonomía contractual), cuando las iusprivatistas sabemos que se trata de una afirmación casi tópica e indiscutida: hoy, en innumerables casos, en el molde "contrato" subsumimos diversos supuestos de cooperación social y de actividad económica —a los que el Ordenamiento atribuye efectos jurídicos—, en los que el consentimiento sobre un contenido es sólo un residuo formal o un vestigio. En esa misma línea, la idea de "integración del contrato" que presenta, de pasada, Tornos, en pág. 329, en nota, se halla hoy superada, acercándose lo ahora dominante precisamente a lo que él niega. En síntesis, es cierto que la doctrina jurídico-privada debe revisar sus postulados a la luz de la Constitución (pág. 327), pero esos a los que Tornos se refiere ya vienen siendo revisados, en la misma España, desde los años 60.

No queda clara, por otra parte, la opinión del autor sobre el punto relativo a la índole de los actos por los que la Administración responde: en pág. 438 afirma dos veces que, según la ley, aquélla responde sólo por su actividad material; pero en esa misma página y en las dos siguientes se defiende la posibilidad de una responsabilidad directamente derivada del acto administrativo y del reglamento lícito.

En otro orden de consideraciones —permítaseme entrar, por un momento, en el terreno del humor—, hay que lamentar la absoluta falta de coordinación entre nuestro Tribunal Supremo y los impresores de la obra

que comentó: cuando el libro está prácticamente confeccionado aparece la fundamentada pero inoportuna Sentencia de 18 de marzo de 1981 por la que se declara la ilegalidad del Decreto de 20 de diciembre de 1974, al que Tornos había dedicado varias páginas. Tímidamente da cuenta el autor de ello en nota a pág. 403 y alude en el apéndice (pág. 454) a los motivos —cuestionables— por los que mantiene su texto original, omitiendo lo que seguramente pensó: esto es, que el Tribunal Supremo podría haber esperado unos días más antes de publicar su fallo. El fantasma de Kirchmann parece cebarse especialmente en los administrativistas.

Observo, respecto de la bibliografía empleada por el autor, una preponderancia clara de la doctrina italiana sobre las otras doctrinas extranjeras, lo que, a mi juicio, no implica necesariamente desconocimiento de éstas, pues se advierte que Tornos adopta el Ordenamiento italiano como punto de referencia y con finalidad ejemplificadora.

Hablar de las virtudes del libro es casi innecesario. Se trata, en conjunto, de una aportación extraordinariamente seria: precisamente por ello me permite hacerle las precedentes observaciones críticas, ya que sólo lo importante merece cierta atención. Además de los aciertos de carácter general que comenté al principio de la segunda parte de la nota, no quiero dejar de mencionar, a título de ejemplo, la singular calidad de algunos pasajes: repárese en el capítulo dedicado a la evolución histórica, casi un prodigo de síntesis; en el texto en el que se expresa la opinión del autor sobre el criterio para determinar las competencias de las Comunidades Autónomas (págs. 185 y ss.); en el pasaje en el que se alude a los órganos mixtos, consultivos y decisarios (págs. 200 y ss.), que comprende valiosas reflexiones de carácter jurídico y extrajurídico, muy ligadas a concepciones ideológicas del autor que comparto sin reservas; en la larga nota 5 a) págs. 224 y ss., en la que se hace una crítica perfecta a dos endebles sentencias del Tribunal Supremo; en la tesis de Tornos sobre la legitimación de las organizaciones profesionales para solicitar el acto-precio (pág. 261); en el tratamiento del tema de la aplicación del acto-precio a situaciones anteriores, acudiendo a una terminología diferente de la de los civilistas (recuérdense los diversos grados de retroactividad), pero con unas conclusiones irreprochables; en las consideraciones sobre los servicios públicos impropios a propósito de los taxis (preferentemente págs. 342 y ss.); en la rotundidad con la que se alude a la LOP de 1959 (págs. 399 y ss.), con atinadas aseveraciones sobre la aplicabilidad del concepto técnico de "orden público" al funcionamiento del mercado; en la referencia a las pequeñas y medianas empresas (pág. 409); o en las consideraciones en sede de responsabilidad de la Administración por razón de ordenación económica general (preferentemente págs. 437 y ss.), por ejemplo cuando se advierte que la política de precios delimita el régimen de economía de mercado, pero no lo vulnera ni lo limita particularizadamente, lo que conlleva la no exigibilidad de indemnización (páginas 443 y ss.).

Nos hallamos, en definitiva, ante una investigación importante y que se había convertido en necesaria. El libro de Tornos, culminación de una línea de investigación muy definida que ya se manifiesta en trabajos

anteriores, es hoy punto de partida ineludible para cualquier estudio que se acometa sobre la intervención del ente público en la vida económica. Deseable es que nuestra doctrina jurídica cuente con muchas aportaciones de la calidad y de las pretensiones de ésta.

LUIS-HUMBERTO CLAVERÍA GOSÁLBEZ



## BIBLIOGRAFIA

### LIBROS

**BELENCHON, Ezequiel:** "La prueba parcial en los procesos de nulidad de matrimonio". Pamplona, 1982. Ediciones Universidad de Navarra, Sociedad Anónima. Un volumen de 276 págs.

En el ámbito del proceso eclesiástico hacía falta una monografía sólida y amplia que tratase con el rigor jurídico necesario el tema de la prueba pericial, de tanta importancia, para lograr el esclarecimiento de lo conflictivo en la contienda sobre la defensa de un interés legítimo.

Concretamente en las demandas de nulidad de matrimonio por impotencia y por falta de consentimiento por enfermedades mentales, su examen, exposición y fundamentos son de gran importancia para lograr una correcta administración de justicia. Aquí el autor recoge toda la legislación pertinente en la materia, la doctrina civil y canónica que existe sobre el tema y añade las decisiones que el Tribunal de la Sagrada Rota Romana impartió desde el año 1909 hasta la actualidad.

La obra se divide en seis amplios capítulos. El primero, abordará la teoría general de la prueba; el segundo expondrá la configuración jurídica de la pericia y del perito; el tercero narra la función del juez en la pericia; el cuarto, abarca el objeto y necesidad de la pericia; el quinto trata la designación de peritos y el dictamen pericial, para concluirse con el sexto capítulo con la valoración de la prueba pericial.

Dos índices muy completos, uno bibliográfico y otro de jurisprudencia completan esta esclarecedora y profunda obra, realizada con empeño y rigor.

J. BONET CORREA

**DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio:** "Sistema de Derecho Civil. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones". Segunda edición. Madrid, 1982. Editorial Tecnos, S. A. Un volumen de 751 págs.

El "Sistema de Derecho civil" de estos ilustres civilistas es ya una obra del suficiente prestigio que, en la doctrina española hace innecesario presentarla. Pero si constituye una novedad empeñada la segunda edición de este volumen cuarto, dedicado a los Derechos de familia y sucesiones, ante las recientes reformas legislativas que modifican el viejo texto del Código civil. Los profesores Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, con su singular maestría investigadora y docente, nos ponen al alcance de la mano los materiales legislativos, jurisprudenciales y doctrinales del ámbito nacional y comparado, así como su síntesis expositiva

tan útil para los que se inician en el estudio, como tan reveladora para quienes han de profundizar en su problemática o en su aplicación.

La obra que sigue el método savigniano de los planes de estudio para las Facultades de Derecho españolas, es elaborada con especial atención a las nuevas directrices constitucionales y pluralistas que alcanzaran, fundamentalmente, al Derecho de familia. Su introducción está especialmente cuidada en lo que se refiere al tema central de la familia y el Derecho, el Derecho de familia en el Derecho privado y en su marco constitucional, los caracteres de la reforma y, concretamente, sobre lo imperativo y lo dispositivo en el ámbito familiar, las obligaciones familiares básicas para concluir las particulares obligaciones de alimentos.

En cuanto al matrimonio, su concepto y función social, ya como acto, o bien como relación jurídica y, en definitiva, como institución social, se presentan los diferentes sistemas matrimoniales, con especial referencia al matrimonio español, los Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede, para concluir con el análisis de la reforma de 1981. Se exponen los requisitos del matrimonio, el consentimiento matrimonial, la celebración del matrimonio y sus modalidades, las relaciones personales de los cónyuges, las crisis matrimoniales y su tratamiento jurídico, la separación del matrimonio, la disolución del matrimonio y los efectos comunes a la nulidad, a la separación y al divorcio.

Bajo un amplio apartado se estudia el régimen económico conyugal, analizándose la organización patrimonial del matrimonio, el régimen matrimonial primario, las capitulaciones matrimoniales, las donaciones por razón de matrimonio, la sociedad de gananciales, la composición del patrimonio ganancial, las cargas y las obligaciones de la sociedad de gananciales, la gestión, la disolución y la liquidación de la sociedad de gananciales, para concluir con el régimen de separación de bienes, el régimen de participación y los regímenes económico-conyugales en los Derechos civiles especiales.

Otro gran apartado es el referente a la filiación y sus problemas actuales, en cuanto a su determinación, reconocimiento y acciones, así como a las relaciones paterno-filiales, el contenido de la patria potestad, las modificaciones y vicisitudes de la patria potestad, la adopción, su contenido y efectos.

La sucesión hereditaria viene tratada amplia y minuciosamente con el examen de la sucesión por causa de muerte y sus etapas: la apertura de la sucesión y la delación de la herencia.

Especial relieve adquiere el tratamiento de la sucesión testamentaria, el testamento, las causas de testamento, los testamentos especiales, el contenido del testamento, las sustituciones hereditarias, la sustitución fideicomisaria, la ejecución fideicomisaria, los legados, la ejecución testamentaria, la ineficacia del testamento, así como la legítima, la mejora, las reservas hereditarias, la reserva lineal y el artículo 812 del Código civil.

Un apartado concreto se hace para la sucesión no testamentaria, donde se abordan precisamente la sucesión contractual, la sucesión intestada y la sucesión *ab intestato* a favor del Estado.

Por último, la obra dedica un extenso capítulo a los efectos de la sucesión en sus aspectos sobre la adquisición de la herencia su aceptación y repudiación, la aceptación de la herencia con beneficio de inventario y el derecho a deliberar los efectos de la sucesión "*mortis causa*", la comunidad hereditaria y un amplio examen de la partición de la herencia.

En definitiva, estamos ante un manual de Derecho civil bien concebido y bien realizado que supone una contribución fundamental a la doctrina jurídica española.

J. BONET CORREA

**FOSAR BENLOCH, Enrique:** «*Estudios de Derecho de familia. I. La Constitución de 1978 y el Derecho de familia. II. 1.º La separación y el divorcio en el Derecho español vigente. II. 2.º La separación y el divorcio en el Derecho español vigente*. Barcelona, 1981. Bosch, Casa Editorial, S. A. Tres volúmenes de XVII + 459, XXXVI + 602, hasta 1156 páginas respectivamente.

Con la Constitución española de 1978 la estructura jurídica de la familia sufre en España una nueva transformación, de la que da cuenta esta obra en tres volúmenes. El primer tomo, después de un prólogo de Juan Mollá López, viene sistematizado en dos amplios estudios: el primero, bajo el título: «La Constitución de 1978 y el Derecho de familia. Generalidades y precedentes históricos. Análisis de los preceptos constitucionales», y el segundo sobre «La reserva de Ley del art. 32,2 de la Constitución. El Acuerdo jurídico entre España y la Santa Sede de 3 de enero de 1979».

El segundo tomo se distribuye en dos volúmenes, donde se contienen los estudios tercero y cuarto. El estudio tercero lleva por título: «La separación y el divorcio español, Ley 30/1981, de 7 de julio», y el cuarto contiene el «Dictamen formulado por Enrique Fosar Benloch, en fecha de 17 de septiembre de 1980, sobre el Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio».

A estos estudios se le añaden unos «Apéndices» que contienen el Proyecto de Ley, la redacción del informe de la Ponencia de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, el dictamen de dicha Comisión, la del Senado, la redacción de enmiendas, la aprobación y algunas sentencias sobre separación y divorcio de los Juzgados de Primera Instancia, ya conformes a la Ley 30/1981.

De gran utilidad resulta el formulario que se une al final de la obra por la letrada María Telo Núñez, fundadora de la Asociación Española de Mujeres Juristas y vocal de la Comisión General de Codificación, que supone una guía para las nuevas prácticas procesales de la separación y el divorcio en sus diversas instancias, según las modificaciones y particularidades de la Ley 30, de 1981.

J. B. C.

LOPEZ PEREZ, J.: "La patria potestad: Voluntad del titular", con un prólogo de I. SERRANO Y SERRANO, Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1982, 162 págs.

Se ha hecho notar con razón que la patria potestad, por contraste con otras instituciones del Derecho de familia, ha estado algo descuidada por la doctrina. Lo que es cierto, pero no lo es menos que ha sido objeto, en los últimos años, de estudios importantes, como los debidos a Díez-Picazo, Castán Vázquez y Alonso Pérez, los que han contribuido a que el legislador haya acertado en gran medida a la hora de modificar la institución. Como pone de relieve el profesor Serrano en el *Prólogo* de este libro, son cuatro las innovaciones principales introducidas por la Ley de 13 de mayo de 1981, a saber: ejercicio conjunto de la patria potestad por el padre y la madre, la patria potestad prorrogada en caso de incapacidad del hijo, posibilidad de dejación del ejercicio por un cónyuge en el otro y la supresión aparente del usufructo paterno (p. 15). Innovaciones que no sólo merecen ser acogidas favorablemente sino que dan a la patria potestad una fisonomía completamente distinta en el Derecho hoy en vigor. De aquí la importancia y la actualidad del libro del doctor López Pérez, quien ha publicado, además, otro interesante estudio sobre la materia, referido al deber de representación en la patria potestad según la disciplina anterior a la aludida reforma ("RDP", 1979, páginas 1.150 y ss.).

En el libro que nos ocupa, el doctor López Pérez ha llevado a cabo, en apretada síntesis, un examen crítico muy completo de la institución, y lo ha hecho desde una perspectiva clásica. La obra se divide, en efecto, en dos partes, una general (pp. 27-45) y otra especial, referida, en particular, al Derecho positivo español (pp. 47-143). Comprende la primera las cuestiones generales que sirven de fundamento a la vez que explican la disciplina actual de la patria potestad, tales como la irrenunciabilidad de las potestades familiares y el corto juego que permiten a la autonomía de la voluntad en cuanto especialidades del Derecho de familia; la protección del menor como objetivo de la institución y como criterio rector de su regulación; la evolución de la misma en el Derecho histórico y en el Derecho comparado, y, en fin, la doble tendencia que se aprecia en las reformas recientes, encaminadas, de una parte, a debilitar la autoridad paterna, y, de otra, a potenciar la intervención pública, tanto judicial como administrativa, en el ejercicio de la misma. Por lo que a la esencia del instituto se refiere, notemos que el autor se sitúa en un punto equidistante del Derecho "natural" y el Derecho "civil", según el cual "no obstante el aspecto natural de la patria potestad, en cuanto que por la debilidad humana se puede desvirtuar esa esencia, se hace precisa así la intervención del Derecho, y por ello surge ya la institución como figura jurídica que tiende a la defensa y protección de esas relaciones naturales entre los padres y los hijos" (p. 34); esencia de la que se derivan, a su juicio, las características más sobresalientes del mismo, a saber: "ser de orden público, estar fuera del comercio y tener un carácter de relatividad en interés del hijo" (p. 35).

En cuanto al Derecho vigente, el autor estudia todas las vicisitudes de la patria potestad. Examina, por ello, la constitución y los sujetos (pp. 51-57), el contenido personal (pp. 61-76), el deber de representación (pp. 79-88), el contenido patrimonial (pp. 91-108) y, por último, la extinción de la patria potestad (pp. 111-143). Lo importante es que no lleva a cabo una exposición plana o sin relieves del régimen jurídico actual de cada uno de estos aspectos, sino que los examina a fondo desde una óptica particular bien definida, la de destacar el margen de actuación libre de los titulares en el ejercicio del *oficio* que les corresponde. En efecto, aunque parte el autor, con toda razón, de un principio de irrenunciabilidad o de indisponibilidad de la patria potestad, su análisis pone de relieve la existencia y la amplitud del juego de la autonomía de la voluntad de los padres en las distintas fases de la misma. Así, en tema de constitución, aun cuando el papel de la voluntad es escaso por venir la patria potestad atribuida *ope legis* a los padres a base del hecho de la procreación, advierte el doctor López Pérez que la voluntariedad se reconduce a la determinación de la filiación (p. 52), mientras que, en materia de ejercicio, la autonomía se manifiesta con bastante nitidez en los supuestos de ejercicio unilateral por consentimiento o autorización de uno de los padres al otro, de separación en cuauquiera de sus modalidades o de falta de acuerdo de los mismos, supuestos a los que se refiere el artículo 156 el Código civil. Por eso, este precepto ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, a juicio del autor, a fin de evitar en lo posible la intervención judicial (p. 54), dada la excepcionalidad de la misma. Por lo que se refiere al contenido, constata el autor que la disciplina legal se limita a unas indicaciones de principio, habida cuenta del entorno ético en que se desenvuelve la institución (pp. 62 y 91); de aquí deduce, pues, la necesaria discrecionalidad de los titulares de la patria potestad, lo mismo en la esfera personal que patrimonial. Una buena muestra nos la ofrece, respectivamente, en su estudio de la facultad de corrección (pp. 73-76) y de los derechos de los padres en cuanto administradores de los bienes del hijo, a pesar de las limitaciones inherentes a esta facultad, las que examina detenidamente (pp. 93-103). De particular importancia es el análisis del artículo 165 por cuanto revela que el deber de los hijos de contribuir en una medida equitativa allevantamiento de las cargas de la familia con los frutos de sus bienes, figura que ha venido a sustituir, como se sabe, al antiguo y discutido usufructo paterno, deja un campo amplio de actuación autónoma a los padres, sobre todo cuando carecen de bienes propios para atender tales cargas, dado lo que previene el último párrafo del precepto citado, *in fine*, en relación con el artículo 168, que impone la obligación de rendir cuentas sólo de los bienes sujetos a la administración paterna (pp. 103-108). Ciertamente que la voluntad de los titulares tiene un juego reducido en la fase final de la patria potestad, sobre todo en los supuestos de privación que contempla el artículo 170, pero esto no quiere decir que no exista; por el contrario, se manifiesta en la emancipación, en la adopción del hijo por terceros y en las situaciones de crisis del matrimonio, en las que la voluntad de los padres es trascendente, pero, como recuerda el autor, está subordinada a la resolución judicial que fije el destino de

los hijos por ser preferente el interés de éstos (pp. 133-134). En fin, de singular importancia son las referencias a la ausencia y a la incapacidad de los padres en cuanto causas de extinción de la patria potestad (pp. 135-138), así como a las hipótesis un tanto anómalas de prórroga y de rehabilitación de la misma (pp. 141-143).

Fácil es advertir que estamos en presencia de un trabajo serio y bien documentado; un libro breve, aunque completo, y de gran interés, pues no sólo nos ofrece un esquema de la nueva disciplina de la patria potestad sino que recoge las cuestiones principales a que puede dar lugar. El doctor López Pérez apunta, además, las líneas que, en primera aproximación al tema, pueden contribuir a resolverlas, en base a las soluciones de la doctrina y de la jurisprudencia anteriores a la reforma, que el autor examina en constante contrapunto con las tendencias que prevalecen en el Derecho comparado.

CARLOS VATTIER FUENZALIDA

**MARTINEZ CALCERRADA, Luis:** "El nuevo Derecho de familia. II. Régimen sobre filiación y sociedad de gananciales. Teoría, norma y práctica". Madrid, 1982. Un volumen de 410 págs.

El éxito y acogida que tuvo la primera obra de nuestro distinguido jurista sobre "El nuevo Derecho de familia", al agotarse su edición, le condujo a una opción: a reimprimirla, o aprovechar la circunstancia para renovarla completando las materias estudiadas.

Con la diligencia, empeño y deseos de superación, que son las virtudes estimables de este docto del Derecho, optó por el trabajo esforzado y concienzudo de renovar su obra, concretamente en los dos ámbitos más conflictivos y frecuentes: el de la filiación y el de la sociedad de gananciales.

La primera parte, dedicada a la filiación, está dividida en cinco capítulos. El primero expone la significación que tiene la igualdad jurídica de todos los hijos, tal como establece el mandato constitucional (art. 39): su repercusión en la normativa civil en cuanto a los efectos igualitarios de una filiación matrimonial o no matrimonial, sus derechos personales asistenciales o de protección y sucesorios. El capítulo segundo se dedica al acreditamiento de la filiación, la determinación de la filiación matrimonial y de la no matrimonial. El capítulo tercero aborda los litigios sobre filiación, la investigación de la paternidad y las acciones de filiación (las de reclamación y las de impugnación). El capítulo cuarto trata la prueba de la filiación, los medios de prueba y la acomodación de la realidad registral. El capítulo quinto estudia la reforma de la filiación adoptiva y hace un particular examen de la sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao de 22 de septiembre de 1981, acerca de la impugnación de la paternidad matrimonial.

La segunda parte de esta obra, acerca de la sociedad de gananciales, se divide en diez capítulos. El primero se refiere a los principios informadores de dicha sociedad de gananciales; el segundo examina su determinación legal; el tercero concreta los bienes privativos y los sistemas

de reembolso, el cuarto determina el pasivo de la sociedad, sus cargas y obligaciones, así como la responsabilidad social; el capítulo quinto muestra el pasivo conyugal en cuanto a las obligaciones personales y la responsabilidad personal de los cónyuges; el sexto trata la administración de la sociedad de gananciales respecto a la gestión conjunta; el séptimo se refiere a la disposición de los bienes gananciales, las exigencias legales del principio de atribución conjunta; el octavo a la potestad individual de los cónyuges; el noveno llega a la conclusión de la sociedad de gananciales, o su disolución, para finalizar con el décimo, sobre la liquidación de dicha sociedad de gananciales.

Esta valiosa obra, además, contiene un apéndice con los textos legales (Ley de 13 de mayo de 1981, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley y la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de junio de 1981), tan útiles para confrontar las opiniones doctrinales y su interpretación.

J. BONET CORREA

**MARTINEZ CALCERRADA, Luis: "El nuevo Derecho de familia. I. Filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio". Madrid, 1981. Un volumen de 202 págs.**

Luis Martínez Calcerrada es un gran magistrado, un prudente del Derecho; pero también es un excelente profesor universitario y un experto legal, en cuanto vocal permanente de la Comisión General de Codificación. Su preferencia por las instituciones familiares es patente en las diversas y valiosas contribuciones que han ido publicando con empeño y éxito. Concretamente, en este nuevo ámbito normativo de la reforma al Derecho de familia, se puede decir que fue uno de los pioneros más empeñados en la denuncia de las injusticias sobre la posición irregular y falta de igualdad de los miembros de una familia; su amplia obra precedida de múltiples estudios monográficos, acerca de "la discriminación de la filiación extramatrimonial" es su testimonio más patente.

La instauración de la Constitución española de 1978 y el desarrollo de sus preceptos por la Ley de 13 de mayo de 1981, en torno a ciertos aspectos de la familia como los de la filiación, la patria potestad y la sociedad de gananciales, dio lugar a que nuestro ilustre autor realizase una primera tarea de comentario y divulgación, así como de estudio.

El primer tomo acomete, fundamentalmente, dos partes: el análisis de la familia en la Constitución española y la familia en la Ley de 13 de mayo de 1981. En la primera parte, después de un planteamiento sobre la actualidad del tema y el estado de la cuestión (posiciones crítica, positiva o aséptica y la sociología de la crisis familiar), realiza un estudio técnico-jurídico acerca del artículo 39 de la Constitución en cuanto consagración de un derecho fundamental de la persona, la naturaleza de la norma que lo sanciona, su caracterización y contenido en cuanto al significado de la familia, la tutela de los hijos, de las madres, la investigación de la paternidad y la protección de los niños según las normas internacionales. En la segunda parte, aborda la nueva regulación de la

filiación sobre la igualdad que se establece para todos los hijos, el acreditamiento de la filiación, sus litigios en torno a la investigación de la paternidad y la situación de hijos y padres afectados por la reforma (Disposiciones transitorias y la Circular de la Dirección General de los Registros de 2 de junio de 1981).

En cuanto a la patria potestad presenta la modernización que ha implicado la reforma en cuanto a la defensa de la personalidad del hijo, la titularidad conjunta de la patria potestad por el padre y la madre, su representación, administración y extinción. En la tercera parte se trata el nuevo régimen económico matrimonial, sobre la idea de la igualdad, clave de esta reforma, la supresión de la dote y de los bienes parafernales, la gestión conjunta de los bienes gananciales, la sociedad de gananciales como régimen legal subsidiario, la participación en las ganancias, la libertad de otorgar capítulos, la libertad de contratación entre los cónyuges y el sistema de reembolso en garantía del principio de equilibrio entre los distintos patrimonios. Además, se exponen con amplitud las capitulaciones matrimoniales, las donaciones por razón de matrimonio, la sociedad de gananciales, el régimen de separación de bienes, el de participación y la libertad de contratar entre los cónyuges, concluyéndose este primer tomo con la repercusión de la Ley de 13 de mayo de 1981 en la Ley de 6 de abril de 1967, sobre los impuestos generales de sucesiones, transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, con un apéndice de los nuevos textos legales, así como de la Ley de 13 de mayo de 1981 y la Circular de la D.G.R.N. de 2 de julio de 1981.

J.BONET CORREA

**PARRA-ARANGUREN, Gonzalo:** "Codificación del Derecho internacional privado". Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1982, 610 págs.

Es bien conocida la especial dedicación del profesor Parra-Aranguren a los problemas de la colisión de leyes; materia sobre la que lleva publicadas unos cincuenta trabajos. Ahora, ha reunido varios de sus estudios sobre la codificación del Derecho internacional privado, en el libro del que aquí damos cuenta.

Comienza, como es natural, tratando del Código Bustamante. Se le dedican tres estudios. Las precedentes venezolanas del Código Bustamante. El Código Bustamante: Su vigencia en América y su posible ratificación por España, la revisión del Código Bustamante. Otra parte de la obra se ocupa de las tentativas más recientes para la unificación del Derecho internacional privado en América. La primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (Panamá, 1975), las seis convenciones suscritas en Panamá (1975), el impacto del proceso de integración económica latinoamericana sobre las normas convencionales de Derecho internacional privado, la segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional

Privado (Montevideo, 1979), la Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado (Montevideo, 1979).

La referencia que se nos hace a las conferencias especializadas, muy cuidada y detallada, tiene el valor de aportar el testimonio personal del autor, quien fuera delegado en las Conferencias del Gobierno de Venezuela y cuyas intervenciones hubieron de ser destacadas e importantes.

La utilidad del libro será mayor para los estudiosos, dado que en Anexos se ofrecen los textos, además del del Código Bustamante, de quince convenciones interamericanas.

Bastará lo referido para que se vea el interés de esta obra para todo el que se ocupe de las cuestiones de Derecho internacional privado y en especial para quienes tratan de la unificación de las disposiciones sobre colisión de leyes.

R.

**PUIG BRUTAU, José: "Fundamentos de Derecho civil. II-II. Contratos en particular". Segunda edición, revisada y ampliada. Madrid, 1982, Bosch, Casa Editorial, S. A. Un volumen de 715 págs.**

Los civilistas españoles, y especialmente los de mi generación, estamos en deuda de gratitud y de magisterio a través de toda la obra jurídica de este fino y prudente cultivador del Derecho; su vasta obra monográfica, su tarea traductora, su esfuerzo de síntesis doctrinal en la exposición de las instituciones, su amplio conocimiento y manejo de la jurisprudencia, del Derecho continental europeo y del "Common Law", donde aflora el tratamiento y la metodología de sus tareas investigadora, docente y letrada de asesoría. Es de desear que sus colegas catalanes y los del resto de España le dediquemos el escrito de homenaje que tanto se merece por su infatigable tarea magistral.

Ahora, una muestra más de su laboriosidad es la segunda parte del tomo II de su básica obra "Fundamentos de Derecho civil", dedicada a los contratos en particular que, con motivo de las reformas legislativas habidas, especialmente para el ámbito de los arrendamientos rústicos y del contrato de seguro, alcanza su segunda edición.

La obra se mantiene con sus doce amplios capítulos, comenzando por el contrato preparatorio o precontrato, al que le sigue la donación y la compraventa, para continuar con los contratos de permuta y cesión, el arrendamiento de cosas, el comodato, el precario y el mutuo, el mandato, la prestación de servicios y ejecución de obra, el contrato de sociedad, el contrato de depósito y las obligaciones de custodia, los contratos aleatorios, el contrato de fianza, la transacción y el arbitraje.

Además, se añade un valioso "Apéndice" sobre la contratación en el "Derecho de las Compilaciones", donde se perfilan sus características y las cuestiones que plantean respecto al rango de aplicación por el carácter potestativo o imperativo de las normas comunes respecto de las fórales, como sucede para los de los arrendamientos rústicos o en la aparcería.

Con un índice alfabético de materias y otro cronológico de sentencias del Tribunal Supremo y de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, además del general, se concluye este magnífico tomo.

J. BONET CORREA

**SOLDEVILLA, Antonio D., "La empresa agraria (su regulación jurídica)", con un Prólogo de J. L. DE LOS MOZOS, Valladolid, 1982, 326 págs.**

1. Es bien sabido que en torno al Departamento de Derecho civil de la Universidad de Valladolid se ha gestado una sólida tradición favorable al estudio del Derecho agrario, la que se remonta a los años treinta, hasta los tiempos de don Calixto Valverde, ha sido guiada durante mucho tiempo por el magisterio de don Ignacio Serrano y Serrano, y la encabeza hoy, con un gran nivel, el profesor De los Mozos. Una de las líneas de investigación que caracteriza a esta "escuela" es, entre otras, la de profundizar en el estudio de la empresa agraria, la que se ha hecho patente en los últimos años, como lo muestran la importante tesis doctoral del profesor Segundo Velasco Fernández, *La empresa agraria* (1973), sin publicar, lamentablemente, la modesta contribución de quien esto escribe a la clarificación del *Concepto y tipos de empresa agraria en el Derecho español* (1978) y, por supuesto, el interesante libro del profesor Soldevilla que nos ocupa aquí, cuyo trabajo preliminar le ha valido un merecido título de doctor en Derecho.

La obra es de interés desde muchos puntos de vista, y viene a enriquecer la escasa bibliografía española sobre el tema, con la importancia de aparecer, precisamente, en el momento en que todo parece indicar que se inicia una nueva etapa legislativa en materia de legislación encaminada a la reforma de la agricultura. Se sitúa, por ello, en un punto de transición entre lo conocido y lo futurable, lo mismo en el terreno normativo que en el de la realidad económica y social de la empresa agraria. Contiene, en efecto, y a pesar de lo recortado del subtítulo, numerosas indicaciones de índole histórica, económica y sociológica, las que no siempre se pueden evitar ante un tema de esta naturaleza. Con toda razón alguien ha sugerido, a propósito de este libro, que el método adecuado para estudiar la empresa, en general, y la empresa agraria, en particular, probablemente sea el del pensamiento por tipos, el método tipológico hacia el que se orientan importantes tendencias de la literatura alemana reciente, método que se caracteriza por la integración necesaria del dato normativo con los otros que ofrece la realidad fáctica, dando lugar a una estructura conceptual unitaria y a la vez móvil, a través de la que el "sistema" se mantiene en conexión permanente con la "realidad". No es que la obra de Soldevilla lleve a cabo una aplicación acabada y rigurosa de este método, pero sí representa un intento serio en esta dirección; por eso, el profesor De los Mozos dice en el *Prólogo* que el trabajo pertenece a la llamada "escuela técnico-económica", a la línea iniciada por el

maestro Bolla, y que se aparta de la fácil tentación formalista, tan atractiva a los agraristas de formación civilista.

2. Con todo, el contenido de la obra responde exactamente a los objetivos que se ha trazado el autor, pues, limitado al régimen jurídico de la empresa agraria, toca los aspectos más importantes y agota, prácticamente, las cuestiones sustantivas del mismo. Así, el libro se divide en cinco capítulos que conciernen, respectivamente, al concepto de la empresa agraria (pp. 17-50), la naturaleza jurídica (pp. 51-121), los requisitos (pp. 123-141), la tipología (pp. 143-280) y, en fin, a la configuración de la misma en el Derecho positivo español (pp. 281-317); completan el trabajo un índice de autores y otro general (pp. 319-326). Tan extenso contenido excede, lógicamente, los límites de una recensión; nos limitamos a entresacar lo más destacado y característico de las opiniones del autor, en la idea de invitar a una lectura lenta y meditada del libro.

En cuanto al concepto de empresa agraria, es de notar que recoge ampliamente el criterio biológico de la agrariedad que ha propuesto, como se sabe, el profesor Carrozza, desarrollando, en cierto modo, la tesis favorable al mismo mantenida por Velasco Fernández; sin llegar a compartir del todo este criterio, niega, sin embargo, que las empresas que realizan actividades agrarias, desprovistas del fundo, sean de una naturaleza jurídica diferente. La especialización de la empresa agraria parece situarla, sobre todo, en la existencia de ciertas figuras típicas que se contraponen, ante todo, a las mercantiles, en materia de contratos, trabajo, estructura empresarial y actividad económica. Literalmente dice al respecto: "mantenemos que la característica de lo agrario no está en la tierra; en la actividad que sobre ella se desarrolla; en las producciones que de ella se consiguen; en la obtención de cultivos en medios artificiales; en la crianza de animales aprovechando métodos genético-biológicos, sino en todo ello que es tanto como asumir esas metas económicas, sociológicas y ontológicas de Carrozza, en una perfecta visión prospectiva de desarrollar el ciclo biológico animal o vegetal en toda su amplitud" (vid. p. 44), con lo cual se aparta valientemente de la línea que prevalece en la doctrina española, que no olvida el puesto central que, en el campo legislativo, al menos, sigue manteniendo la vieja idea del *fundus*, del que tiende a ser desplazado, en teoría, por la noción de agricultura; *rectius*: por la actividad agraria típica.

La naturaleza jurídica de la empresa agraria la ve el autor como una realidad comp'eña, resultado a que llega después de examinar críticamente las más variadas concepciones que sobre ella existen; concluye que la considera "una actividad económica (idea subjetiva) sobre un conjunto de bienes (idea objetiva) y organizada en la tarea de productividad, estabilidad y desarrollo (idea funcional) para la consecución de bienes propios o para la Comunidad" (p. 85). Por eso, luego de intentar precisar las diferencias entre la empresa y la explotación, normalmente confundidas por el legislador, profundiza en la extensión típica de la actividad agraria, de la que depende, a su juicio, la cualificación que permite calificarla de agraria y distinguir'a de otras clases de empresas (pp. 100-101); actividad agraria que comprende la agrícola, la ganadera, la fores-

tal, la mixta y la conexa, que, desdoblada en la comercialización y en la industrialización, define según el criterio de la normalidad (p. 116). En cuanto a la actividad auxiliar, se muestra contrario a una tipicidad rígida y partidario hasta de una presunción de agrariedad si una empresa, aunque no sea agraria, presta servicios encaminados a la viabilidad y desarrollo de empresas agrarias, lo que se explica, a nuestro modo de ver, por el influjo de las llamadas cooperativas de servicios (cfr. p. 121).

Más conservador se manifiesta el autor, en cambio, en relación con los requisitos de la empresa agraria, a saber: economicidad, organicidad, profesionalidad e imputabilidad; esto es, los requisitos admitidos habitualmente. Puntos destacados del examen de los mismos son, de una parte, la defensa del requisito de organicidad, que no estima comprendido en el de profesionalidad (p. 130), y, de otra parte, el estudio del requisito de imputabilidad, sobre el que ha llamado la atención constantemente la doctrina española (pp. 138-141).

En tema de tipología de la empresa agraria, adopta el profesor Soldevilla, después de examinar ampliamente las distintas posturas de la doctrina, la clasificación siguiente: empresa agraria individual, empresa agraria familiar, empresa agraria asociativa. En lo que se refiere a la primera, destaca la identificación que mantiene, según la orientación tradicional, entre la pequeña empresa y el cultivador directo y personal, hoy cultivador personal, la que aparece, en muchas ocasiones, desmentida por la realidad sociológica y oscurecida por los datos de la realidad normativa (p. 167-168); en cuanto a la segunda, parte del dato fáctico de la unidad familiar que se ocupa colectivamente en las labores de la explotación y estudia en profundidad los supuestos que contempla el Derecho español, a saber: los huertos familiares, los patrimonios familiares y las explotaciones familiares (p. 174 y 175). Con todo, hay que advertir que en estos supuestos, a pesar de su denominación, la titularidad de la explotación es individual y corresponde exclusivamente al cultivador que los constituya o a quien se le adjudiquen; la única excepción radica en la disciplina particular de la transmisión *mortis causa* de los mismos, la que se aparta del Derecho común y realza, en una medida diversa, los vínculos de familia y de colaboración. En fin, en lo que concierne a la última, la configura como una categoría residual que engloba todas las figuras posibles que no sean reductibles a las dos anteriores; por eso, le da la denominación elástica de empresa "asociativa", en la que incluye supuestos que no siempre reúnen todos los requisitos que definen la empresa agraria o que carecen de un régimen jurídico propio y distinto. Sigue el autor en este punto el criterio avanzado en una obra anterior (*El asociacionismo agrario en España*, Valladolid, 1976, pp. 44 y ss.), de acuerdo con el que agrupa y examina los supuestos según la fuente legal que les sirve de fundamento, y estudia así las fórmulas basadas en la cooperación, en las sociedades agrarias de transformación, en la cotitularidad de los bienes o del derecho real o personal de disfrute, en la sociedad, en las modalidades especiales del arrendamiento rústico regido por la legislación particular, cobrando singular relieve las basadas en la legislación administrativa, a saber: asociaciones sindicales, propiedades

especiales, acción concertada, producción de cultivos y comercialización de productos agrarios determinados y modalidades que ofrece la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973.

Por último, culmina la obra con un estudio esquemático y evolutivo de la disciplina de la empresa agraria en el Derecho español, el que abarca las normas fundamentales, el Derecho común y el foral, y la normativa especial en materia fiscal, laboral, de planificación y de reforma de la agricultura; indicaciones de interés hay sobre la última legislación sobre fincas manifiestamente mejorables (1979), arrendamientos rústicos (1980) y estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes (1982).

3. Como puede apreciarse en este apretado resumen, se trata de una obra de gran interés y actualidad; aporta relieves críticos dignos de meditación y sugiere líneas de actuación hacia el futuro. El libro de Soldevilla es recomendable, por ello, no sólo a los estudiosos del Derecho agrario sino a los juristas prácticos y a los que incumbe el delicado deber de diseñar la política agraria. Ilustrativas de la orientación a la que se adscribe el pensamiento del autor son estas observaciones que tomamos de sus conclusiones: "Efectivamente, nuestro Derecho positivo no ha logrado todavía llegar a construir un acabado y exacto concepto jurídico de la empresa agraria, si bien es cierto que en las últimas décadas se ha perfilado muy singularmente el mismo (Ley de Reforma y Desarrollo Agrario y Estatuto de Explotaciones Familiares Agrícolas) y que no ha culminado sin duda alguna por la necesidad de revisión de conceptos jurídicos-políticos después del cambio de régimen jurídico español (Constitución de 1978)"; por eso, "lo evidente es la ordenación jurídico-agraria con la publicación de la Ley Orgánica General Agraria, con la codificación de todas las leyes agrarias y por último con la autonomía del Derecho agrario dentro del sistema jurídico del país" (pp. 316 y 317).

CARLOS VATTIER FUENZALIDA

**VALLADARES, Etelvina:** "Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio". Madrid, 1982. Editorial Civitas, Sociedad Anónima. Un volumen de 457 págs.

En esta monografía, donde el matrimonio es entendido como una unión contractual conyugal de la que pueden liberarse las partes por el divorcio, si aquella unión resulta gravosa, se presenta la nueva reforma de un sistema matrimonial único, si bien compatible con una libertad de formas en su celebración (civil o religiosa), al pretender responder a un pluralismo ideológico según ha quedado enunciado por las normas de la Constitución española de 1978 y en su desenvolvimiento legal por la Ley 30 de 7 de julio de 1981, que reforma el Título IV del Libro Primero del Código civil.

La profesora adjunta de Derecho civil, Etelvina Valladares, que ya venía trabajando en este ámbito, ha coincidido oportunamente con la nueva reforma, lo cual une a sus contribuciones las que tan profusamente

se discutieron en las cámaras legislativas. De aquí que se contengan amplias referencias del ordenamiento antecedente y del Derecho comparado, además de analizar el debate del proyecto gubernativo en el Parlamento y en el Senado.

La obra, dividida en diez amplios capítulos, comienza con una "introducción" en donde se ponen de relieve los cambios sustanciales de la reforma y las razones por las que prescinde del aparato doctrinal que habitualmente se suele acompañar. El capítulo primero parte de la consideración del matrimonio y la familia en la nueva Constitución española, los sistemas matrimoniales en el Derecho español, los Acuerdos con la Santa Sede y del sistema matrimonial en el proceso de reforma, para concluir con la exposición del sistema matrimonial en el Código civil reformado.

El capítulo segundo trata la celebración del matrimonio, de su promesa, de las formas de celebración (civil y religiosa), así como de las especiales (en el extranjero, de extranjeros en España "in artículo mortis", el secreto y por poder).

El capítulo tercero abarca las relaciones personales entre los cónyuges, su principio de igualdad jurídica y sus derechos y deberes.

Mayor atención se le dedica a los requisitos del matrimonio y las consecuencias de sus irregularidades, como las causas de nulidad, el consentimiento matrimonial, los impedimentos, el defecto de forma, la homologación de las resoluciones eclesiásticas sobre nulidad y el matrimonio rato y no consumado, para terminar con los efectos especiales de la nulidad del matrimonio y sus consideraciones en el Derecho penal.

El capítulo quinto aborda el divorcio en España, sus clases, la Ley de divorcio de la Segunda República, la Constitución de 1978, y las proposiciones ideológicas (comunista, socialista, feministas), un examen del Proyecto de 13 de marzo de 1980, la cláusula de salvaguardia, las enmiendas a la totalidad y el informe de la ponencia en relación con el texto definitivo de la Ley.

El capítulo sexto trata la separación del matrimonio, su concepto y clases, antes y después de la reforma, la separación judicial, sus efectos especiales, la reconciliación y la separación de hecho.

El capítulo séptimo se concreta al divorcio y los aspectos sobre la disolución del matrimonio, el divorcio en el Código civil reformado, las causas de divorcio, las disposiciones transitorias, la extinción de la acción de divorcio, sus efectos especiales, la proposición de ley, de reintroducción de la cláusula de dureza, la separación de hecho por mutuo acuerdo y la separación de hecho impuesta unilateralmente.

El capítulo octavo comprende las demandas de nulidad, separación y divorcio, las medidas previas a la interposición de la demanda y las medidas provisionales.

El capítulo noveno advierte los efectos comunes de la nulidad, la separación y el divorcio, el convenio regulador y la determinación judicial de los efectos.

Finalmente, el capítulo décimo considera el procedimiento, la homologación de las resoluciones eclesiásticas, el procedimiento de la disposición

adicional quinta, para concluir con detalle sobre el procedimiento de separación y divorcio de mutuo acuerdo. Por último, se recogen las disposiciones transitorias. La utilización de las actas del Congreso y del Senado, con sus pasajes transcritos, ofrecen un gran alcance informativo.

J. BONET CORREA

**VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.:** "Estudios sobre fuentes del Derecho y método jurídico". Madrid, 1982. Editorial Montecorvo, S. A. Un volumen de 1.136 págs.

La dispersión obligada de una labor monográfica de estudio e investigación, que en la metodología de trabajo opera inductivamente, unida a las grandes posibilidades que hoy día existen con los medios de impresión y difusión, tiene los inconvenientes de la búsqueda de las piezas sueltas para lograr la composición del total pensamiento de un autor. Cuando se trata de un pensador jurídico profundo y con gran riqueza de conocimientos y experiencias en su vida para el Derecho, como es la de Juan Vallet de Goytisolo, hay que agradecerle, una vez más, su esmero y consciente delicadeza de reunirnos en un tomo su dilatado quehacer científico.

Ahora con estos estudios sobre las fuentes del Derecho y el método jurídico, reúne una parte de su obra, realmente dispersa en publicaciones de más difícil acceso por su modalidad periodística o de corta tirada. Contribuciones todas ellas, que en diversas direcciones y épocas, van consiguiendo marcar el hilo conductor de la concepción del Derecho por este ilustre autor.

La obra la divide en dos partes netas: la de fuentes y la de método: en total, ocho amplias secciones donde se integran bajo unos epígrafes las cuestiones concretas abordadas.

Dentro de la primera parte correspondiente a las fuentes, se enmarcan las expresiones "fuentes del Derecho" y "ordenamiento jurídico", en cuanto introducción de carácter general. Se continúa con la sección primera sobre las "consideraciones general sobre algunas fuentes del Derecho", donde se contienen unas observaciones en torno a la ley y a la jurisprudencia de los Tribunales, Ley y ordenanza, la Ley ¿expresión de voluntad del pueblo?, o jurisprudencia, principios generales y equidad en el pensamiento del profesor Elías de Tejada.

En la sección segunda reúne los "trabajos de historia de la doctrina de las fuentes del Derecho", referentes a las fuentes del Derecho según Santo Tomás de Aquino, las fuentes del Derecho contempladas a través del "Apparatus" de Tomás de Mieres, la ley natural en Santo Tomás de Aquino y la equidad y buena razón según el jurista gerundense del siglo XV Tomás Mieres.

La sección tercera abarca las "consideraciones filosófico jurídicas en perspectiva histórica acerca de las fuentes del Derecho", con dos títulos: Plenitud y equilibrio de percepción sensorial en las antiguas fuentes del Derecho foral y los juristas ante las fuentes y los fines del Derecho.

La sección cuarta trata de los "pactismos jurídicos y leyes paccionadas", concretamente, con la incidencia práctica del "patísmo" en la teoría de las fuentes del Derecho, el valor jurídico de las leyes paccionadas en el Principado de Cataluña y el pactismo de ayer y los consensos de hoy.

La segunda parte de esta amplísima obra corresponde al tema del método, comenzándose en la Sección quinta por "algunas consideraciones generales", al referirse específicamente al Derecho natural como arte jurídico, a los diversos círculos del Derecho, sobre las advertencias ante los abusos del legalismo y la exégesis literalista, concluyéndose con unas observaciones en torno al método conceptualista.

En la sección sexta se reúnen los "trabajos de historia de la doctrina acerca del método jurídico", las observaciones de orden metodológico en torno a la concepción del Derecho natural de Santo Tomás de Aquino, la lógica de lo razonable y la razón vital e histórica en Santo Tomás de Aquino, para concluir con la jurisprudencia y su relación con la tópica concepción de Giambattista Vico.

Abundando desde la perspectiva temporal, la sección séptima continúa con el tema de la "historia e historicismo en la búsqueda del Derecho", abordando la posición sobre la historia laboratorio para la comprobación del orden natural, historia e interpretación de las normas del Derecho, revolución, historicismo y tradición en el hallazgo, conservación y progreso del Derecho y divorcio de actitudes metódicas ante la historia y el Derecho de las escuelas histórica alemana y jurídica catalana.

Por último, la sección octava comprende las "consideraciones filosófico jurídicas en torno al método de hallazgo y aplicación del Derecho" sobre el legislar como "legere" al legislar como "facere", el método de interpretación e integración en la perspectiva de las fuentes del Derecho según el pensamiento de Castán Tobeñas, el método clásico del Derecho natural, contrastado en la aplicación a través de los juristas catalanes y el método de Ramón María Roca Sastre.

Dos índices, uno de autores y otro de materias, además del sistemático, cierran esta gran obra que nos muestra una manera señera del entendimiento y la manera de ejercitar la justicia.

J. BONET CORREA

**VILLAR EZCURRA, José Luis: "La protección pública a la vivienda".**  
**Editorial Montecorvo, S. A. Madrid, 1981. 467 páginas.**

La actuación administrativa en materia de vivienda viene expresamente exigida por la Constitución española, cuyo artículo 47, tras declarar que todos los españoles tienen derecho a una vivienda digna, llama a los poderes públicos a promover las condiciones necesarias y a establecer las normas pertinentes para hacer efectivo ese derecho. Se trata, sin embargo, de un ámbito en el cual el fenómeno que Karl Schmitt calificó como "motorización normativa" resulta particularmente llamativo. Tal vez ello obedezca a un encomiable perfeccionismo en el diseño de los instrumentos jurídicos, pero quizás y más probablemente

la razón deba buscarse en el vano intento de encontrar, a través de las sucesivas y continuadas reformas, una fórmula mágica que incremente la capacidad adquisitiva de la demanda, dé salida a los "stocks" existentes, relance la oferta y reactive, en suma, el sector de la construcción.

En cualquier caso, desde el punto de vista jurídico no hay más remedio que convenir con el autor de la obra que se comenta: "La ausencia de un sistema de categorías, coherente y estable, en el ámbito de la intervención administrativa en la vivienda es imputable, en una buena medida, a esta apatía por enfrentarnos de una vez por todas con este "mare magnum" de disposiciones cambiantes e inconexas. Precisamente en esto consiste la labor del especialista en Derecho Administrativo, si no queremos que esta disciplina se convierta en un mero repertorio legislativo o en una crónica del quehacer de la Administración". A pesar de que la regulación en materia de vivienda, por su misma proliferación y por desbordar los linderos del Derecho Administrativo, alcanzando una incidencia no desdeñable en el Ordenamiento tributario o en instituciones jurídico-privadas (modalidades singulares de precontratos y contratos de venta; especialidades en orden a préstamos y garantías hipotecarias...), debiera haber merecido una mayor atención científica, lo cierto es que hasta la fecha han sido escasos los trabajos dedicados al tema, predominando además los tratamientos puramente recopiladores y descriptivos.

Sin abandonar del todo ese plano —y desde luego nadie que haya tenido necesidad de acercarse a la regulación jurídico-positiva de las viviendas de protección oficial en España tendrá el atrevimiento de minusvalorar el esfuerzo y el mérito que la mera recopilación supone en este campo (1)— Villar Ezcurra nos propone un análisis de los sucesivos regímenes de protección pública a la vivienda en el Ordenamiento español.

Se arranca para ello de una breve caracterización dogmática del título de la intervención administrativa en materia de vivienda. Atendiendo al tipo de vinculación a que queda sometida la actividad de los particulares, "la cual no dependerá directamente de un mandato normativo, sino de las directrices marcadas por una actuación basada en la planificación (con independencia de que exista un plan, o de la obligatoriedad del mismo)", concluye Villar Ezcurra que en este campo se siguen

---

(1) El propio Villar Ezcurra, que a su condición de profesor universitario une la de asesor letrado del Banco Hipotecario de España, ha acreditado su interés por esta materia, abundando en trabajos sobre la misma. Junto a una crónica sobre la intervención administrativa en la vivienda publicada en la Revista de Administración Pública, es autor de "Nuevas orientaciones en el régimen jurídico de protección a la vivienda" (Ediciones G. Manzanares, Madrid, 1980) y de "El promotor de viviendas de protección oficial" (Publicaciones del Banco Hipotecario de España, Madrid, 1981). A destacar también, por lo reciente de su fecha, la recopilación anotada de la legislación de viviendas de protección oficial preparada por Rodríguez Landrove, L. e Hipólito Lancha, F. y editada por el Servicio de Publicaciones del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo (Madrid, 1982).

criterios basados en la planificación respecto de la cual las formas clásicas de policía, fomento y servicio público, se convierten en meras técnicas instrumentales. "El establecimiento de objetivos (en número de viviendas o en cifras de absorción de paro) y la canalización de los recursos financieros para hacer frente a estos objetivos será lo que motive la modificación de las disposiciones reguladoras de la intervención en este sector".

Seguidamente, se pasa revista a los antecedentes de la intervención pública en vivienda, concretados a la protección de las clases obreras: el Proyecto de Ley de 1878 sobre construcción de barriadas de obreros y los primeros proyectos de casas baratas —de 1908—, elaborado por el Instituto de Reformas Sociales; el que en ese mismo año presentó al Senado D. Juan de La Cierva, y el de 1910, presentado al Congreso por D. Fernando Merino, Conde de Sagasta. Se analizan a continuación las distintas etapas de la legislación de casas baratas, comenzando por la Ley de 1911 sobre habitaciones higiénicas y casas baratas, que en sus artículos 43 y 44 y en el artículo 137 de su Reglamento de 12 de junio de 1911 introducía determinadas modificaciones respecto al régimen general sucesorio establecido en el Código civil, conteniéndose en el artículo 5 del propio Reglamento una regulación específica para los contratos de compraventa. La Ley de 1922 ya previó la concesión de préstamos por el Estado. El Decreto-Ley de 1924 acentuó y explicitó el carácter de estas viviendas como propiedad vinculada, no siendo transmisibles a título oneroso ni a título lucrativo en favor de personas distintas de los herederos. El Decreto-Ley de 1925 sobre "casas económicas", destinadas a las llamadas clases medias, no sustituyó al régimen de casas baratas, sino que, como nueva categoría, se adicionó a ellas. El Decreto-Ley de 1927 extendió aquellos beneficios a las casas para funcionarios del Estado y otros organismos. La Ley Salmón de 1935 se dirigió primordialmente a combatir el paro mediante el fomento de la construcción, comprendiendo tanto las viviendas libres como las viviendas acogidas a alguna modalidad de protección.

Entrando ya en la legislación de la postguerra y a partir de la Ley de Viviendas Protegidas de 1939, la actuación administrativa en materia de vivienda girará fundamentalmente en torno al Instituto Nacional de la Vivienda (a cuyas diferencias de criterio con la Obra Sindical del Hogar alude Villar Ezcurra), dándose prioridad a la construcción de viviendas, de promoción pública o privada y con independencia de quién fuese el destinatario de la misma. Coexistiendo con las casas baratas se introdujeron las viviendas de "clase media" (Ley de 1944) y "bonificables" (Decreto-Ley de 1948), para llegar en 1954 al sistema de viviendas de "renta limitada", que aumentó el protagonismo del I.N.V. hasta el punto de originar el nacimiento del Ministerio de la Vivienda (1957). Como modalidades específicas dentro de este régimen surgen las viviendas subvencionadas y las viviendas de tipo social. Frente al balance global positivo de esta normativa, que motivó un fuerte crecimiento en el sector de la vivienda, es de destacar el juicio negativo que al autor merece la congelación de rentas: "En muchos casos el con-

trol de alquileres parece ser la técnica más eficaz conocida hasta el presente para destruir una ciudad, a excepción de los bombardeos" (2).

Se llega así a las viviendas de protección oficial, categoría establecida por el Texto Refundido de 24 de julio de 1963, cuya norma habilitante, la Disposición Final de la Ley de 23 de diciembre de 1961, difícilmente amparaba la introducción de nuevas normas con rango de ley formal. De esta prolífica normativa, algunos de cuyos preceptos —singularmente el Reglamento de 24 de julio de 1968— continúan en vigor aunque con la usual fórmula tautológica del "en todo aquello en que no esté derogado por la regulación posterior". Concluye Villar Ezcurra un nuevo éxito cuantitativo, pero con graves errores cualitativos. En palabras de Maestre Yenes: "Una política de vivienda que otorgaba incentivos y beneficios fiscales para construir viviendas de hasta 200 metros cuadrados de superficie y que hasta el año 74 establecía un precio máximo único para todo el país, ocasionó casos tan paradójicos como el de que en las zonas más caras de capitales de provincias no demasiado importantes prácticamente todas las viviendas fuesen de protección oficial del "Grupo Primero", estando exentas del impuesto sobre transmisiones y con un 90 por 100 de bonificación en la contribución urbana, mientras que en las grandes áreas metropolitanas donde los costes de construcción y suelo habían disparado el precio de las viviendas, se hizo absolutamente imposible construir a partir de un determinado momento "viviendas de protección oficial", y por tanto muchas familias necesitadas se veían obligadas a acudir al mercado de viviendas libres, las cuales no disponían de ningún incentivo financiero ni de ninguna excepción ni bonificación fiscal".

El agotamiento del modelo conduce así a la introducción de las viviendas sociales en 1976 que, sustituyendo en principio al grupo II de las viviendas de protección oficial, acentúa la atención a las condiciones personales de los adquirentes mediante la exigencia de la calificación subjetiva. Es quizás en relación a esta regulación donde con mayor detenimiento analiza Villar Ezcurra el desfase entre los objetivos pretendidos y los medios puestos a su servicio. La defectuosa regulación técnica de la financiación (muy especialmente de los llamados apoyos financieros del I.N.V., que para cada adquirente en concreto requerían acuerdo expreso del Consejo de Ministros) y la desacertada estructuración de los circuitos de financiación con un criterio inverso a toda lógica (los préstamos al promotor se canalizaban a través de la Banca Oficial, mientras que la financiación al adquirente —comercialmente más arriesgada— se pretendía hacerla recaer sin incentivos suficientes sobre la Banca privada y las Cajas de Ahorro), el vano intento de afrontar las revisiones de precios impuestas a los promotores por el proceso inflacionario a través de préstamos adicionales (sin tener en cuenta que lo que interesa al particular no es tomar más dinero a préstamo, manteniendo constante el porcentaje de financiación pública privilegiada, sino adquirir la vivienda en unas condiciones que, unidos precio y amor-

(2) La frase es de Assar-Lindbeck: "The political Economy of the New Left.". Ed. Harper and Row, 1972.

tización, no excedan de su capacidad financiera) son razones que para el autor explican el estruendoso fracaso del sistema de las viviendas sociales.

El Real Decreto-Ley 31/1978, de 31 de octubre, reestableció la denominación de viviendas de protección oficial ahora de categoría única. La exposición de esta normativa, que quiere mantener la atención simultánea a la oferta y a la demanda, pero corrigiendo algunas de las deficiencias del régimen de viviendas sociales (así, por ejemplo, introduce la revalorización de las cantidades entregadas a cuenta por los adquirentes) ocupa la última parte de la obra. Se apuntan en ella algunas de las modificaciones que fueron introducidas y desarrolladas con posterioridad (3), lo que nuevamente pone de relieve el extraordinario dinamismo de este sector del Ordenamiento.

Se trata, en conclusión, de un libro interesante en el que por encima de las concretas regulaciones coyunturales se quiere dar razón de las líneas de evolución apreciables en las sucesivas actuaciones administrativas en materia de vivienda. La descripción de cada uno de los regímenes es detallada, aunque tal vez el análisis no tenga siempre la misma profundidad (así en relación al vigente régimen de viviendas de protección oficial no se examinan los problemas que plantean las casi simultáneas reformas de la normativa de Viviendas de protección oficial y de las Haciendas Locales —tasa o derecho de licencia; Impuesto Municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos...—, o del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; se despacha con suma brevedad la problemática de la reducción en los derechos arancelarios de Notarios y Registradores de la Propiedad, Real Decreto-Ley 15/1979, de 21 de septiembre, y artículo 8 de la Ley 41/1980, de 50 de julio, sin exponer los criterios sentados por la Dirección General de los Registros y del Notariado ni contrastarlos con la regulación administrativa sobre la financiación de viviendas de protección oficial). Por el contrario, es destacable la especial atención prestada a los problemas de derecho transitorio y a los derivados de la superposición de los distintos grupos normativos.

Confiamos en que la futura política en materia de vivienda tenga

(3) Sin ánimo exhaustivo cabe destacar entre esas innovaciones la extensión de la protección a actuaciones de preparación de suelo (Real Decreto-Ley 12/1980, de 26 de octubre); la nueva regulación de la ayuda económica personal (Real Decreto 1.707/1981, de 3 de agosto, y Ordenes Ministeriales de 11 de enero y 23 de abril de 1982); la puesta en funcionamiento del mercado hipotecario (fundamentalmente Ley 2/1981, de 25 de marzo y Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo), y el conjunto de actuaciones comprendidas dentro del Plan Trienal, tales como la ampliación de la subsidiación de intereses a determinadas viviendas (Real Decreto 372/1982, de 12 de febrero y Orden Ministerial de 27 de mayo de 1982), la financiación para viviendas libres de menos de 120 metros cuadrados (Real Decreto 373/1982, de 12 de febrero y Orden Ministerial de 27 de mayo de 1982) las actuaciones de rehabilitación de viviendas (Real Decreto 375/1982, de 12 de febrero y Orden Ministerial de 23 de abril de 1982) la promoción de viviendas en el medio rural (Real Decreto 1.614/1981, de 3 de julio y Real Decreto 1.156/1982, de 14 de mayo).

en cuenta las experiencias que ofrecen las regulaciones estudiadas en esta obra, ya que no para sustraerse a la tentación de una nueva ordenación normativa (la anunciada Ley de Protección pública a la vivienda), sí al menos para evitar la reproducción de errores ya detectados.

Edmundo ANGULO RODRÍGUEZ

# 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.

**FRANÇOIS LUCHAIRE:** «Les fondements constitutionnels du droit civil», RTDC, núm. 2.

La imbricación recíproca de Derecho civil y Derecho constitucional es en nuestra época —opina el autor— mayor que en tiempos pasados. Es necesario por tanto determinar la significación y el alcance que el Derecho constitucional da a las normas de carácter civil, lo que hace el profesor LUCHAIRE ofreciendo el esbozo de un estudio más amplio que debería realizarse sobre la influencia del Derecho constitucional en el Derecho civil. El autor analiza con detalle —tanto en la Constitución de 1958 como en el *Code civil*— diversas materias que afectan a ambos derechos: la libertad privada y familiar, la libertad para disponer del patrimonio propio, la igualdad civil, la propiedad, la seguridad (y dentro de ella la irretroactividad de las leyes y el derecho a la administración de justicia), la racionalidad, el estado civil, la capacidad, los regímenes matrimoniales y las liberalidades.

**DANIELE HUETWEILLER:** «La protection juridique de la voix humaine», RTDC, núm. 3.

La protección de la voz humana frente a su utilización no autorizada ha llevado a algún autor —IVAINER— a hablar de «imagen sonora», frente a la «imagen visual», y lograr así que se extienda a aquélla la protección que la ley dispensa a ésta. La voz, como atributo de la personalidad, debe ser protegida por el Ordenamiento, y no sólo —como afirma HUET-WEILLER— si se trata de personas que, por profesión, se sirven de su voz, sino en favor de cualquier persona. Esta protección exige el previo desarrollo de una ciencia, la *fonoscopia* —como la ha llamado Soljenitzyn en su obra «El primer círculo», por analogía con la «dactiloscopia», o ciencia de la identificación por medio de las huellas digitales—; la fonoscopia ha sido llevada a la práctica por el Ministerio del Interior francés como técnica

---

(1) Se recensionan artículos aparecidos en las siguientes revistas: «Revue Trimestrielle de Droit Civil» (cit. RTDC), números 1, 2 y 3 del año 1982 y «Revue de Droit Immobilier» (cit. RDI), números 1, 2 y 3 del año 1982.

policial en el Centro de Estudios e Investigaciones Policiales, creado en 1980. Según la profesora de Strasburgo, sólo dos disposiciones protegen en el Ordenamiento francés, y de manera incompleta, la voz humana, atendiendo más al contenido que al vehículo mismo de expresión: la ley de 11 de marzo de 1957, que atribuye la propiedad de las alocuciones públicas, como propiedad intelectual, y la ley de 17 de julio de 1970, que protege las conversaciones privadas, tipificando como delito el «espionaje por escucha». Termina aduciendo diversas razones que pueden llevar a sancionar la difusión o imitación no autorizada de la voz.

**MICHEL VIVANT:** «Le régime juridique de la non-présence», RTDC, núm. 1.

Tras rechazar la denominación tradicional de «ausencia» y apuntar las razones que mueven a la doctrina francesa moderna —BRETÓN, FOYER, RAISSON— a adoptar la expresión «no-presencia», además de definir la institución y examinar las distintas situaciones de hecho que abarca, el autor se adentra en el estudio de la nueva regulación llevada a cabo por la ley de 28 de diciembre de 1977, modificadora de los artículos 112 y siguientes del Código civil, distinguiendo la incidencia de la «non-présence» en el orden patrimonial y en el orden extrapatrimonial.

## 2. Obligaciones y contratos.

**GERARD SOUSI:** «La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent», RTDC, núm. 3.

En la introducción pone el autor de relieve diversos puntos: la frecuencia y generalidad con que se ejecuta en el tráfico jurídico el pago de obligaciones de dinero, la presencia de prestaciones pecunarias en numerosas relaciones jurídicas, la pluralidad de expresiones para designar la suma de dinero debida (impuesto, multa, precio, salario, canon, honorarios, indemnización...), los problemas económicos que suscita la obligación de pago en dinero y que han de ser estudiados por los juristas —fundamentalmente la depreciación monetaria y los medios de neutralizarla—, y la confluencia de dos ciencias —Derecho y Economía— en el tema estudiado. Analiza a continuación los que considera aspectos fundamentales del tema: la especialidad del objeto y la naturaleza de la obligación, repasando los conceptos de fungibilidad, consumibilidad, obligaciones de dar y hacer, ejecución «in natura» e intereses moratorios.

**JEAN-MARC TRIGEAUD:** «L'erreur de l'acheteur, l'authenticité du bien d'art (étude critique)», RTDC, núm. 1.

Parte de una apreciación sociológica: el aumento de los compradores de obras de arte, y una constatación técnico-jurídica: la insuficiencia de la doctrina clásica del error. Analiza tres conceptos fundamentales en la ma-

teria: la autenticidad de la obra de arte, el vicio oculto y la obligación de asesoramiento que recae sobre el vendedor, y estudia más adelante el deber de garantizar la autenticidad, cuestión estrechamente ligada a las variadas fórmulas con que habitualmente se expresa la autoría de la obra vendida (realizada por, atribuida a, del estilo a la escuela de...). Concluye con el examen de la jurisprudencia y los usos comerciales relativos a la subsistencia del contrato tras la constatación del error.

**FRANÇOISE WAREMBOURG-AUQUE:** «Irresponsabilité ou responsabilité civile de l'*infans*», RTDC, núm. 2.

Se pregunta el autor en las primeras líneas de su artículo si el niño que carece de uso de razón se beneficia de una protección específica en el Derecho de la responsabilidad civil, o si, por el contrario, está sometido a las mismas reglas que el adulto, cualquiera que sea su grado de conciencia y su capacidad de discernimiento. Afirma que la responsabilidad o irresponsabilidad del *infans* es una cuestión estrechamente ligada a las características fundamentales del Derecho de la responsabilidad de cada cultura y cada época histórica, y analiza a continuación el problema en las sociedades primitivas, en el Derecho mosaico, en el griego y en el romano, para criticar luego la ausencia de un régimen específico de la responsabilidad extracontractual del *infans* en el Código civil de 1804. La profesora WAREMBOURG-AUQUE estudia, desde la exclusiva perspectiva de las declaraciones jurisprudenciales, y en las dos grandes partes en que divide su artículo, «el *infans* autor del daño» y «el *infans* víctima del daño». Concluye afirmando que, a la vista de las decisiones de los Tribunales, el niño carente de discernimiento disfruta de una situación privilegiada en la mayoría de los aspectos de la responsabilidad civil, pero advierte que este acertado criterio judicial no debe llevar consigo —como ocurre en la práctica— al sacrificio injustificado de los derechos de la víctima.

**BERNARD BOUBLI:** «La responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs après la réception des travaux», RDI, núm. 1.

Se trata de un comentario a la sentencia de la *Cour de cassation* de 11 de junio de 1981. Ante un supuesto de cumplimiento defectuoso por parte del constructor, que no da lugar sin embargo a ruina o destrucción del edificio, se suscita la cuestión de si la responsabilidad derivada de aquél debe someterse al régimen especial del artículo 1.792 del *Code* o, por el contrario, debe sujetarse a las reglas generales de responsabilidad contractual del Derecho común.

**PHILIPPE MALINVAUD:** «L'affaire du B. T. 01», RDI, núm. 1.

El índice oficial B. T. (*Bâtiment*), publicado mensualmente en el «Boletín Oficial de la República Francesa» desde enero de 1976, determina el

incremento máximo que puede experimentar el precio en la venta de inmueble sobre plano o por construir, atendiendo a la evolución de los costes de la construcción. El autor analiza los índices anteriormente vigentes (*index pondéré départemental, indice I.N.S.E.E.*), los factores de determinación del B. T. y los distintos problemas que pueden plantearse en su aplicación.

**GEORGES BRIERE DE L'ISLE:** «Commentaire a la loi n.º 81-1.161 du 30 décembre 1981, relative à la modération des loyers», RDI, núm. 1.

Breve comentario a la reciente ley sobre moderación de alquileres, que ya ha suscitado interesantes estudios publicados en otras revistas jurídicas (*Journal des notaires et des avocats, Gazette du Palais y Juris-classeur périodique*, todas ellas del año 1982). En la primera parte del artículo el autor afirma que, respecto de la moderación de alquileres, se plantean dos cuestiones: en qué consiste y en qué casos se aplica. En la segunda parte analiza la repercusión de gastos y el coeficiente de renovación de edificios comerciales.

**GENEVIEVE VINEY:** «Les clauses aménageant la responsabilité des constructeurs», RDI, núm. 3.

Examen de las cláusulas regladoras de la responsabilidad del constructor derivada del contrato de obra: cláusulas penales, cláusulas de agravación y disminución de responsabilidad, condiciones y plazos especiales para su exigencia, máximos y mínimos de indemnización. La autora estudia sucesivamente las cláusulas que con mayor frecuencia se establecen en los contratos concluidos entre contratista y dueño de la obra y las incorporadas a los contratos celebrados entre contratistas y suministradores y trabajadores. Concluye afirmando la validez general de tales cláusulas siempre que no examinan al contratista de cumplir sus obligaciones esenciales, y que no limiten la responsabilidad exigible por los terceros.

**PHILIPPE JESTAZ:** «Variations sur la notion d'achèvement dans la vente d'immeuble à construire», RDI, núm. 3.

Considerando la gran utilidad práctica de formular un concepto preciso de «terminación» del piso o local —que evite discusiones a la hora de la entrega, cuando el contrato se había concluido en fase de construcción—, el autor trata de llegar a él, examinando primero el concepto enunciado en el artículo 261 del Código de la construcción, criticándolo luego por insuficiente, y analizando por último los criterios contractuales y jurisprudenciales. Concluye poniendo de relieve la necesidad de una reforma legislativa y planteando la duda de si sería más conveniente formular un concepto único de terminación, o diversos conceptos según los distintos supuestos.

**FRANÇOIS GIVORD:** «Premières réflexions sur la loi du 22 juin 1982 et le statut de la copropriété par appartements», RDI, núm. 3.

Primera aproximación doctrinal a la nueva «ley sobre derechos y obligaciones de los arrendatarios e inquilinos», pero desde una perspectiva concreta: el estudio de los preceptos relativos al arrendamiento de viviendas y locales en régimen de propiedad horizontal. El autor estudia, con claridad y precisión, dos temas de interés: las relaciones entre el régimen del arrendamiento (*statut locatif*) y el régimen de la propiedad horizontal (*statut de la copropriété*), y la participación de los arrendatarios en la vida de la comunidad.

### 3. Derechos reales.

**JEAN-PIERRE PELLETIER:** «Le régime juridique et fiscal des immeubles à temps partagé», RDI, núm. 2.

Se trata de un estudio breve y panorámico sobre la nueva figura jurídica de la *multipropriété*, que ha alcanzado en Francia un amplio desarrollo desde la fecha aún reciente —año 1967— de su aparición. El autor —que ya había publicado en colaboración con BOYEURE unas interesantes *Réflexions sur la jouissance d'immeuble à temps partagé* en la *Gazette du Palais*, año 1976— pone de relieve en este artículo la inadecuación de los derechos reales tradicionales o típicos para englobar la figura de la *multipropriété* y la necesidad de acudir al Derecho societario —concretamente a la Société d'attribution-construction— para hacer viable este «derecho de estancia temporal» (*droit de séjour*), que se convierte así en un simple derecho vinculado a la titularidad de una participación social. Estudia luego la cesión de estas participaciones, el sistema de distribución anual de períodos y los impuestos que gravan los distintos actos jurídicos relacionados con la impropiamente llamada propiedad temporal.

**JEAN ROBERT BOYEURE y ELISABETH MICHAUX:** «Problèmes juridiques liés à la mise en oeuvre du chauffage solaire», RDI, núm. 2.

Aunque la problemática de la energía solar es fundamentalmente financiera y técnica, tiene también aspectos jurídicos. Los autores, después de exponer interesantes datos sobre horas de sol aprovechables, energía acumulable por metro cuadrado y composición, precio y rendimiento de calefactores y calentadores alimentados por energía solar, tratan de resolver dos problemas jurídicos: la mayoría necesaria para que la Junta de propietarios pueda decidir la instalación de calefacción solar en el inmueble constituido en régimen de propiedad horizontal, y la responsabilidad del constructor que la haya incorporado a la edificación.

**MICHEL DAGOT: «Sûretés immobilières, publicité foncière et saisie immobilière», RDI, núm. 1.**

Michel DAGOT, Notario y profesor de la Universidad de Toulouse, uno de los más ilustres hipotecaristas franceses, y autor de un valioso manual sobre Derecho inmobiliario, *La publicité foncière* (P. U. F., colección *Thémis*, 1981) aborda en su sección de la RDI, en este núm. 1.º, un estudio sobre *el conflicto entre adquirentes sucesivos del mismo inmueble*. Tras examinar la preferencia en el orden civil —prioridad en el tiempo de la adquisición— y en el orden registral —prioridad por la fecha de la *publicité*— analiza la excepción a esta última prioridad, introducida por vía jurisprudencial —el acuerdo fraudulento entre vendedor y segundo adquirente—, y la ampliación de esta excepción al simple conocimiento de la primera venta, ampliación introducida por recientes decisiones de los Tribunales. A las sentencias estudiadas por DAGOT sobre este punto en su *Publicité foncière* (págs. 152 y siguientes) añade ahora un análisis de la sentencia de 13 de octubre de 1981.

**4. Derecho de familia.****ROGER NERSON: «El cambio de régimen matrimonial», RTDC, núm. 2.**

El autor comienza exponiendo una estadística comparativa, que refleja la disminución del número de matrimonios y de otorgamientos de capitulaciones matrimoniales, y un sorprendente aumento de las modificaciones de tales capítulos, en estos últimos años (sobre este último tema remitimos al lector interesado a tres artículos recientes: «Los cambios de regímenes matrimoniales», en *Anales de la Facultad de Derecho de Lyon*, 1982; «Investigaciones sobre los regímenes matrimoniales», publicado por el Centro de Estudio e Investigación sobre Sociología Jurídica, 1980; y «La práctica de los regímenes matrimoniales tras la reforma de 1965», en *Repertorio Défrenois*, 1973). NERSON estudia, con apoyos precisos en doctrina y jurisprudencia, dos cuestiones muy concretas: la forma en que los Tribunales aprecian el interés de la familia —como exige el artículo 1.397 del Código civil— y las acciones que pueden ejercitarse en caso de existir fraude en el cambio de régimen económico-matrimonial.

**GUY RAYMOND: «Volonté individuelle et filiation par le sang», RTDC, núm. 3.**

Aunque es el vínculo de sangre lo que determina la filiación, un cierto margen de autonomía de voluntad reconocido por el Ordenamiento puede incidir en la relación paterno-filial. A pesar de la reforma operada por la Ley de 3 de enero de 1972, y su entronización de la verdad biológica, la voluntad individual es hoy un medio de determinar la filiación y, en otros casos, de rechazarla. Bajo el epígrafe «la voluntad individual: rechazo de

filiación», el autor aprecia la ausencia de una obligación de declarar la filiación (ex art. 56 C. c.), la existencia de un derecho a mantener en secreto el nacimiento y la posibilidad de entregar al hijo a un *bureau des abandons* (art. 55 del *Code de la famille et de l'aide sociale*), así como el derecho de la madre a rechazar al hijo a no determinar la identidad del padre (art. 313 C. c.). Bajo el epígrafe «la voluntad individual: origen de filiación», estudia la voluntad de los cónyuges de dar lugar a la posesión de estado, como prueba de la filiación, y la voluntad del padre o la madre, o de ambos conjuntamente, de reconocer al hijo extramatrimonial. Concluye afirmando que, aunque se ha sostenido que tras la reforma de 1972 la verdad biológica es la única determinante de la filiación, la regulación legal continúa conservando un carácter eminentemente voluntarista.

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

## I RESOLUCIONES COMENTADAS

Por CHICO ORTIZ, José María.  
Registrador de la Propiedad

*En tanto se mantuvo —entre las reformas del Código civil de 1975 y 1981— la prohibición de donaciones entre cónyuges, no era inscribible una escritura de capitulaciones en la que, al disolverse y liquidarse la sociedad de gananciales —como consecuencia de sustituirse este régimen por el de separación—el marido declara y la mujer reconoce que el único bien existente en el matrimonio era privativo del primero y como tal se le adjudica. (Resolución de 23 de julio de 1979; «Boletín Oficial del Estado» de 20 de agosto de 1979.)*

### *Hechos.*

Por escritura autorizada en Torrelavega por el Notario D. Alfredo García-Bernardo y Landeta el 23 de junio de 1977, los esposos doña María Luz García Román y don Manuel Trapaga Pardo modificaron el régimen económico matrimonial, por mutuo acuerdo, sustituyendo el sistema de gananciales por el régimen de separación de bienes, liquidando y disolviendo la sociedad de gananciales; el único bien existente en el matrimonio es el piso 4.º, letra C, del número 11 de la calle de Ruesga, de Torrelavega, adquirido por compraventa constante matrimonio e inscrito como ganancial; y los cónyuges comparecientes pactan la disolución de la sociedad de gananciales, que liquidan, adjudicando al marido la referida finca, reconociendo la esposa que el dinero con que se pagó el precio de la misma era de propiedad exclusiva del marido, siendo, por consiguiente, privativa del marido;

Presentada en el Registro de Torrelavega primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del precedente documento por estimarse que, tanto la posibilidad de renunciar a los gananciales obtenidos que autoriza el artículo 1.394 del Código civil, según lo interpreta la doctrina, como la facultad que diversas Resoluciones de la Dirección General de los Registros conceden a los interesados en la liquidación de la sociedad de gananciales para calificar la naturaleza privativa o ganancial de los bienes del matrimonio, no pueden extenderse al supuesto de que aquella liquidación tenga su causa en la disolución resultante del otorgamiento de capitulaciones después de contraído el matrimonio, ya que lo contrario implicaría admitir un cómodo procedimiento de burlar la prohibición de donación entre cónyuges que establecen los artículos 1.334 y 628 del citado cuerpo legal.

Siendo dicho defecto insubsanable, no procede practicar anotación preventiva de suspensión, que tampoco ha sido solicitada.

La afirmación que hacen los cónyuges otorgantes en orden al carácter privativo de la finca puede hacerse constar a través de una nota marginal, que la situaría en la posición contemplada en la regla 2.º del artículo 95 del Reglamento Hipotecario; nota que no se practica por renuncia expresa del presentante».

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que el artículo 1.394 del Código civil no es aplicable al supuesto de hecho calificado, ya que, si bien, este artículo reflejaba el principio de inmutabilidad de los regímenes económico matrimoniales, este principio ha sido derogado por los artículos 1.316 y 1.319 y siguientes de la Ley de Reforma de 2 de mayo de 1975, que consagra la mutabilidad de los regímenes económico-matrimoniales; que la interpretación del artículo 1.394 ha de hacerse de acuerdo con el nuevo principio, de lo que se deduce que tanto la sociedad de gananciales como los gananciales pueden hoy renunciarse durante el matrimonio cuando se disuelva dicha sociedad por pactarse un régimen diverso; que de todas formas en la escritura calificada la esposa no renuncia a los gananciales, sino que reconoce que el piso no es ganancial, que es privativo de su esposo; que no es aceptable la limitación que hace el Registrador de las facultades particionales y liquidatorias de los cónyuges, puesto que contraría abiertamente el artículo 1.058 del Código civil, asignando al calificador una competencia superior a la de los Jueces en materia contenciosa y que en el supuesto contemplado no se rompe el trato sucesivo, aunque el bien, inscrito como ganancial, se inscriba como privativo de uno de los cónyuges al extinguirse la sociedad.

El Registrador informó que la nota denegatoria recurrida se basa en el reconocimiento de un solo defecto insubsanable, consistente en que la inscripción que se pretende supondría admitir un medio de conculcar la prohibición de donación entre cónyuges establecida por el artículo 1.334 del Código civil; que la alusión a Resoluciones de la Dirección General que facultan a los interesados en la sociedad de gananciales para calificar el carácter de los bienes del matrimonio, así como el artículo 1.394, no significa, de ningún modo, que supongan un obstáculo a la inscripción, sino, por el contrario, que ésta no procede a pesar de tales Resoluciones y de lo preceptuado por tal artículo; que la doctrina de la Dirección General, que facilita a los interesados para determinar el carácter de los bienes en la liquidación de la sociedad conyugal no puede aplicarse a los supuestos de liquidación constante matrimonio ni, especialmente, en el caso de separación convencional que autoriza la reforma de 2 de mayo de 1975; que, efectivamente, las numerosas Resoluciones de la Dirección General de las que se deduce de manera concluyente la facultad de los interesados en la liquidación de la sociedad para calificar —aun contra la presunción del artículo 1.407— la naturaleza privativa o ganancial de los bienes del matrimonio se han producido siempre en caso de disolución por fallecimiento de uno de los cónyuges; es decir, en supuestos de liquidación de la sociedad de gananciales conectada a la partición de la herencia del cónyuge causante; que no existe una sola Resolución que afirme la libertad de los consortes para calificar el carácter de los bienes cuando ambos son los interesados en la liquidación, pudiéndose incluso afirmar que la Dirección General niega esa facultad en los casos

en que la liquidación se produzca en vida de ambos cónyuges, siendo decisivas a este respecto las Resoluciones de 11 de marzo de 1957 y 18 de junio de 1975; que la manifestación que la esposa hace en la escritura calificada no puede destruir la presunción de ganancialidad del artículo 1.407, ya que equivale a una simple confesión no acompañada de otros medios de prueba, mediante la cual puede eludirse la prohibición legal de donaciones entre cónyuges, y así resulta del artículo 1.232 del Código civil; que el artículo 1.394 del Código civil no puede servir de base a la inscripción pretendida, aun admitiendo, a título de hipótesis, que la confesión por la mujer de que la finca pertenece a su esposo implica, en realidad, una denuncia a los gananciales obtenidos; que este supuesto, que es rechazado por el propio Notario, supondría una vía diferente para obtener idéntico resultado que con la calificación de la finca como privativa, por lo que debe ser igualmente desecharlo; y que la aseveración por la esposa de que el precio de compra del piso era privativo del marido sólo puede hacerse constar registralmente a través de una nota marginal, con lo que la finca pasaría a la situación contemplada en la regla 2.<sup>a</sup> del artículo 95 del Reglamento Hipotecario.

El Presidente de la Audiencia pidió informe al Notario recurrente, pese a no ser preceptivo, informe que fue emitido por el fedatario.

Y confirmó la nota del Registrador, por razones análogas a las expuestas por este funcionario, excepto en lo relativo al carácter del defecto que ha de estimarse subsanable.

Tanto el Notario recurrente como el Registrador se alzaron de la decisión presidencial.

Y la Dirección General acordó que, con revocación parcial del auto apelado, procede confirmar íntegramente la nota del Registrador de acuerdo con la siguiente:

*Doctrina.*—«Uno de los problemas surgidos a raíz de la reforma del Código civil por Ley de 2 de mayo de 1975 es el de la interpretación de los preceptos afectados y no modificados por dicha ley, los cuales han de armonizarse, en la medida de lo posible, y en espera de su revisión, con las innovaciones introducidas por aquélla, ya que, si bien la citada Ley no ha albergado el propósito de alterar el régimen de las comunidades conyugales, introduce una normativa cuya trascendencia, no limitada a los artículos expresamente modificados, se acrecienta por las consecuencias que en cadena lleva aparejada, al afectar a toda una serie de preceptos como, entre otros, el 1.334 (donaciones entre cónyuges) o el 1.394 (renuncia a la sociedad de gananciales), que han de obligar a una profunda modificación de nuestro cuerpo legal, y resolver así las evidentes contradicciones que hoy se dan, debido a la coexistencia de artículos dictados en épocas diversas».

«Es precisamente en este contexto de transición y armonización donde se sitúa el problema que plantea este recurso, en el que se ha de decidir si es inscribible la adjudicación de un piso que figuraba inscrito al amparo del artículo 95, número 1, del Reglamento Hipotecario, y que se hace al marido en escritura de capitulaciones matrimoniales en la que se disuelve y liquida la sociedad de gananciales a la par que se pacta la separación de bienes, y en la que el marido declara y la mujer reconoce que el piso es

privativo de aquél por haberlo adquirido con dinero de su exclusiva pertenencia».

«El artículo 1.320 del Código civil, en su nueva redacción dada por Ley de 2 de mayo de 1975, permite a los cónyuges en todo momento modificar el régimen económico matrimonial, y la modificación consistente en la sustitución del sistema de gananciales por el de separación de bienes lleva consigo la extinción de aquél, según ha declarado la Resolución de este Centro directivo de 29 de septiembre de 1978, por lo que se puede proceder a la liquidación y consiguiente adjudicación de los bienes».

«Siendo aplicables, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.395 en relación con el 1.708 del Código civil, a la liquidación de la sociedad de gananciales las reglas establecidas para la partición de la herencia y singularmente, en este caso, el artículo 1.058, la escritura de liquidación en la que se hace uso de la facultad que este último artículo concede puede tener eficacia enervatoria de la presunción establecida por el artículo 1.047, siempre que su contenido no se oponga a normas de derecho necesario».

«Si la prohibición de donaciones entre cónyuges, cuya nulidad sanciona el artículo 1.334 del Código civil, había de ser interpretada antes de la reforma de 1975 en un sentido estricto, en este momento de transición habrá de serlo habida cuenta que se ha admitido la mutabilidad del régimen económico matrimonial y superados los obstáculos clásicos procedentes de las limitaciones de capacidad que afectaban a la mujer, de la unitas carnis, de los influjos o captaciones de voluntad, y de los posibles perjuicios o fraude a terceros, peligro este último que puede conjurarse por los medios ordinarios que el Código civil establece».

«No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta que esta prohibición de donaciones entre esposos no es norma aplicable exclusivamente cuando el régimen es de gananciales, sino que igualmente tiene su aplicación en el sistema de separación de bienes, por lo que, al menos, en tanto subsista dicha norma prohibitiva, sigue siendo actual la reiterada doctrina de este Centro acerca del valor que tiene el reconocimiento o confesión por uno de los esposos sobre el precio de adquisición del inmueble por parte del otro, máxime en este caso en que tal confesión tiene lugar a posteriori y respecto de un inmueble que se inscribió como ganancial al amparo de la regla 1.<sup>a</sup> del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, y que, de no aparecer plenamente probado su carácter privativo, justifica la postura adoptada por el funcionario calificador, en tanto puede envolver una donación que no está permitida hoy día».

#### CONSIDERACIONES CRITICAS

No creo que el comentario crítico que pueda hacerse de esta Resolución, ajustada a una legislación anterior, sea improcedente, sino aleccionador para comparar situaciones y sacar de ello posibles conclusiones. No porque se haya transformado la esencia jurídica del sistema matrimonial el criterio anterior puede parecer ya «superado» y «retrógrado», ya que aún están por decidir cuestiones que no parecen nada claras dentro de la vigencia del

nuevo texto del Código civil. Creo que es importante en este caso destacar cómo una torcida interpretación de unos textos —aun con intenciones de anticipos novativos— provocan una situación inadmisible que roza, viola y no relaciona preceptos básicos a tener en cuenta en la decisión final de la estructura documental.

La labor notarial siempre se ha caracterizado por la modelación de la voluntad de los particulares, ajustándola a la legislación vigente y apartándola de todo aquello que pudiera suponer una infracción jurídica. Y es curioso que en el presente caso parezca proyectarse sobre la construcción notarial una idea ciertamente peregrina: una cosa es la regulación legal durante el matrimonio y otra la que se produce una vez disuelta la base económica que regía el mismo. Para el funcionario autorizante del documento las normas y los principios son distintos en las dos fases citadas.

No hay que cargar las tintas y buscar «al culpable» como ahora se estila, sino sopesar esa serie de reformas legislativas del Código civil, que al ser más políticas que jurídicas abrieron los tremendos huecos que eran difíciles de llenar y ofrecieron al intérprete multitud de bases de crítica ante la incompatibilidad de principios y de normas. Es decir, la reforma del año 1975 del Código civil arrancó con la misma contradicción de la que partió el Código en el año de su publicación y los mismos que insistieron en la crítica de aquellos preceptos tan conocidos que han repetido generaciones de juristas (artículos 759 y 799), han contribuido, han consentido y han apoyado una reforma coja, raquítica, provisional y poco pensada del sistema económico matrimonial y de las facultades de la mujer. Esto no quiere decir que la actual reforma de 1981 sea perfecta y que no plantea problemas, pues en principio hay que considerar que sigue siendo un «añadido» a un Código que en su día tuvo unas directrices, unos principios y que con sus posteriores reformas se rompen, se alteran y resulta difícilísimo la conciliación entre lo que fue la razón, el motivo o la causa de una codificación y el « parche» modificativo que no encaja en la normativa. Por mucha previsión que el legislador haya tenido en la reforma legislativa, de vez en cuando surgen los grandes fosos que hacen difícil compatibilizar lo antiguo con lo nuevo.

No es, por supuesto, éste el momento en que debemos ocuparnos de todo ello, pero sí creo que el comentario de esta Resolución debe tener dos partes diferenciadas: la anormal solución notarial dada al caso conforme a la legislación anterior y la posibilidad o no de que esto pueda tener vigencia en lo sucesivo conforme a la legislación actual. Es decir, reconocer de una parte la imposibilidad del supuesto en una legislación «intermedia» y pensar si esto puede ser viable en una legislación «actual» llena de ribetes liberalizadores, igualitarios y democráticos, sobre los cuales pesa siempre algo que quiere ignorarse: que el matrimonio lo forman dos personas y que es preciso dar una solución a la incidencia de intereses en juego. El equilibrio de prestaciones al que responde el Código civil en materia contractual no tiene un reflejo claro en el texto de la reforma y la mujer en sus afanes reivindicatorios ha pasado de ser «protegida» a ser «indiferenciada». Vamos con las dos fases apuntadas.

A) *Solución con arreglo a la legislación anterior.*

Creo que resulta innecesario apuntar cómo el Código civil partió de la inmutabilidad del régimen económico matrimonial, de la prohibición de donaciones entre cónyuges, de la presunción de ganancialidad, de la exigibilidad de una prueba que destruyese esa presunción y de la posible exclusión de la manifestación de la confesión como medio hábil para lograr dicho propósito. La Dirección General en este punto ha sido inflexible exigiendo una prueba documental y expresa para que el carácter privativo o ganancial de los bienes tuviera una base firme en que apoyarse. Esta doctrina se entendía al aplicable no solamente durante la vigencia del matrimonio, sino a su disolución, pues si en este último momento la normativa cambiase caería por su base todo el conjunto de principios en que el Código se basaba.

Es más, basándose en esta idea de que la prueba se extiende a estos dos momentos, la legislación hipotecaria otorgó poderes al Registrador para valorar las pruebas y caso de que éstas fueran insuficientes montó una fórmula que «aplazaba» la destrucción de la presunción por una prueba decisiva en momento de la disolución de la sociedad de gananciales. Pero esa prueba nunca podía ser la confesión que uno de los cónyuges hiciera, pues ello llevaba consigo la transgresión de otros principios y preceptos que hacen contraria a la ley la confesión prestada. Todavía quedan otros preceptos en los que podía cobijarse el juego de esa confesión, cuáles son de una parte, el artículo 1.394 del C. c. en su redacción anterior, que recogía el problema de la renuncia, pero no a los gananciales, sino al sistema de gananciales, que no es lo mismo, en los casos en que expresamente se admitía. De otra parte, el artículo 1.058 del mismo Código, que a mi entender no tiene nada que ver aquí, pues tal artículo parte de unas premisas que no se dan en el presente caso: de un testador que no había hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad. Aquí ni hay testador ni hay persona que esté facultada para hacer la partición, ni hay herederos que puedan decidir por si el destino de la herencia de la manera que tengan por conveniente. Aquí hay un acto más simple: una alteración del sistema matrimonial con una previa liquidación de una sociedad de gananciales. Vamos, ni siquiera existe una razón analógica («procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie *identidad* de razón», artículo 4, 1.º C. c.). Si he citado estos dos últimos preceptos es porque son la base en que se apoya la defensa notarial en la interposición del recurso.

A todo lo dicho hay que añadir que la actuación notarial se debe al cambio legislativo introducido por la reforma del Código civil que se produce con la Ley de 2 de mayo de 1975 que, como sabemos, altera algunos preceptos y deja intocados otros bajo esta excusa motivada en su exposición: «Como no se ha albergado el propósito de alterar el régimen de las comunidades conyugales, nada se ha establecido acerca de ellas, limitándose la reforma a referirse globalmente y en abstracto a los casos en que las leyes exijan que cada cónyuge deba actuar con el consentimiento de su consorte.» Sin embargo, altera el sistema tradicional al admitir una brecha en el prin-

cipio de inmutabilidad del sistema económico matrimonial, pues el artículo 1.320 del C. c. permite su modificación, sin que en ningún caso estas alteraciones puedan perjudicar a terceros y sus derechos adquiridos. Solucionados por la doctrina los problemas de la necesidad de la liquidación del sistema anterior, para evitar una coexistencia de regímenes, el tema estaba en si dentro de esa liquidación de la sociedad de gananciales cabía, lo mismo que en la adquisición hereditaria, jugar un poco con el carácter de los bienes y atribuir carácter privativo al supuesto ganancial o viceversa. No debería ser olvidado que seguía manteniéndose vivo el principio prohibitivo de las donaciones entre cónyuges (artículo 1.334 del C. c.). Cualquier manipulación, aseveración, renuncia encubierta, confesión, etc., podía llevar consigo si no se probaba suficientemente el carácter privativo de un bien presumtamente ganancial, una donación entre cónyuges.

Esto es lo que no quiso ver el Notario autorizante de la escritura y en la defensa de su actuación ataca la tesis registral por utilizar el artículo 1.394 del C. c. y el 1.058 del mismo cuerpo legal interpretado ampliamente por la Dirección General. Antes hemos apuntado que el 1.394 del C. c., al no haber sufrido reforma por la Ley de 1975, no puede ser entendido de otra forma que la que expresa su letra y su espíritu: puede renunciarse al régimen (lo que supone una renuncia a gananciales futuros), pero no a los gananciales obtenidos. Esta es mi opinión, pero no era ni mucho menos la de la doctrina que, siguiendo a CASTÁN, entendió que dicho artículo más que a la renuncia del régimen económico matrimonial lo que hacía era propiciar o posibilitar la renuncia a los «gananciales obtenidos». Fue típico el epígrafe del tema de gananciales que hablaba de la «irrenunciabilidad de la sociedad de gananciales» y la distinción que se hacía en el comentario del artículo 1.394 del C. c., entre la «renuncia a la sociedad de gananciales» (cosa imposible, ya que no se puede renunciar a una sociedad cuando ha quedado extinguida por la disolución o anulación del matrimonio) y la «renuncia a los gananciales obtenidos». Recuerdo, sin embargo, que se decía que la renuncia producía como efecto privar al cónyuge que renuncie de las ganancias obtenidas en la sociedad, conservando, como es natural, el derecho al capital aportado.

Discrepar de una opinión tan suficiente como la de CASTÁN me pareció siempre una osadía, pero creo que en el fondo no estaba muy convencido de lo que decía, ya que condicionaba dicha renuncia y sus efectos a lo que acabamos de decir. Entiendo que la norma de renunciar a los «gananciales obtenidos» tenía una posible razón justificativa en los casos de disolución o anulación del matrimonio, donde liquidada la sociedad conyugal no había continuidad de régimen, pero no en la separación judicial o voluntaria en la que persistían ciertos efectos comunitarios, aunque en uno y otro caso el artículo 1.458 del C. c. autorizaban a la mujer y al marido para venderse bienes recíprocamente y me supongo que también para donarse, pues la nulidad de las donaciones se refería a las hechas «durante el matrimonio». Pero renunciar a los gananciales obtenidos, después de liquidados e incluso percibidos, no es lo mismo que negar, mediante una confesión, que los gananciales pretendidos no lo eran, pues el precio con que se adquirieron era propiedad exclusiva de uno de los esposos. Esto es re-

nunciar no solamente a las «ganancias obtenidas», sino al capital aportado del que nos habla CASTÁN.

Si todo esto pudiera ser viable conforme la tesis notarial, superando incluso la prohibición entonces existente de donarse recíprocamente los cónyuges, resulta que tampoco podría ser aplicable al presente caso, pues el mismo supone no una cesación de matrimonio, sino de régimen por el que debe regirse el mismo y cómo los cónyuges siguen siendo cónyuges y no se ha disuelto, ni anulado el matrimonio, aparece la prohibición de donación con singular proyección: «Será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio.»

Con gran maestría la Dirección General sigue las líneas marcadas por el informe del Registrador y en el año 1979, antes de la reforma masiva y aplastante del Código civil producida en el año 1981, sanciona que no ha lugar esa confesión del marido acerca del carácter privativo del precio que es aceptada por la mujer, ya que ello envuelve una presunta donación entre cónyuges, sea cual fuere el sistema económico por el que se rijan e impide su inscripción. En el fondo la Dirección va diseccionando en sus diversos considerandos los cuatro puntos que jugaban en el supuesto: la prohibición de donaciones (artículo 1.334 C. c.), la renuncia a los gananciales obtenidos (artículo 1.394 del C. c.), la aplicación subsidiaria del artículo 1.058 y la modificación sufrida en el artículo 1.320 del C. c., permitiendo la alteración del régimen económico matrimonial. Creo que de todas ellas la menos fundada es la referencia que hace al artículo 1.058 del C. c. (aplicable por la remisión del artículo 1.395 del C. c. al 1.708 del mismo cuerpo legal), ya que en vez de fundar su inaplicabilidad al supuesto contemplado por no tener ninguna analogía que pudiera justificar su aplicación, se hace en base de que su contenido debe supeditarse a que no se oponga a normas de derecho necesario, como era la prohibición de donaciones entre cónyuges. No, yo entiendo que aquí no cabe aplicar esa norma, no ya solamente por razones de inexistencia de analogía, sino porque aquí no se trata de disolver una sociedad y hacer una partición, sino de hacer un balance de una etapa social, transformando la sociedad en otra que ha de regirse por normas distintas y el supuesto básico de que parte del artículo 1.058 del C. c. es la disolución sin posibilidad de «continuación», ni de «transformación». El cónyuge se convierte en viudo y el premuerto está representado por sus herederos.

Debo destacar, por último, que el Registrador en su calificación hizo un alarde de concesión benévolas, ya que incluso ofreció la posibilidad de que la confesión hecha por el marido y aceptada por la mujer pudiera reflejarse por nota marginal a la inscripción, cosa que no parece nada clara del contexto del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, el cual, en su número 2.º, permite que «en la adquisición» se haga constar la aseveración de la procedencia del precio y sólo permite hacer constar por nota marginal con posterioridad la «justificación» de la procedencia del precio. Como la cosa iba de renuncias, el que interpuso el recurso renunció a esa posibilidad.

**B) Solución con arreglo a la legislación vigente.**

Abordar este problema es introducirse en campos muy discutidos y pelar, con ello, de cierta imprudencia, pero entiendo que el comentario no tendría gran valor si no se completase con esta aportación más o menos discutible que ofrece al lector una visión comparativa entre la de «transición» antes apuntada y la que parece «definitiva» si el Código no sufre más retoques y modificaciones. De cualquier forma es una tentación que no he podido superar, aunque reconozca que «nadie me ha dado vela en este entierro». Y entierro es lo que ya ha sido derogado.

Bien. Al avance —poco meditado— de la reforma del año 1975, en el que se implantó el sistema de modificación del sistema matrimonial, superando el principio de su inmutabilidad, la modificación del año 1981 ha puesto, entre otras muchas, la implantación de la libertad de contratación entre cónyuges, la posibilidad de utilizar la confesión como medio de prueba de la ganancialidad o privatividad de los bienes, y la posibilidad de que los cónyuges configuren el carácter de los bienes al adquirirlos, pero a su lado no hay que olvidar la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 y las presunciones de ganancialidad o privatividad de los bienes adquiridos a plazos antes o después del matrimonio (artículos 1.356 y 1.357 del c. c.). Podríamos insistir en más preceptos, pero creo que con los citados nos valen para el propósito de estas notas.

Es evidente que el artículo 1.317 del nuevo Código civil admite la modificación del régimen económico matrimonial, sin que dicha modificación pueda perjudicar en ningún caso los derechos adquiridos por terceros. Lo que no está muy claro es si es preciso al cambiar de régimen hacer simultáneamente la liquidación del de gananciales, por ejemplo, o el mismo puede seguir subsistiendo respecto a los anteriores bienes y simultanear en administración y disposición un régimen de gananciales y otro de separación. De las últimas cosas que he leído es un trabajo de José Márquez Muñoz en el Boletín del Colegio de Registradores de junio, 1982 (número 180), en el que mantiene la tesis de que no es precisa la simultánea liquidación de una sociedad de gananciales cuando se acepta un régimen distinto. La verdad es que no sé las razones jurídicas en que se funda la aseveración del autor citado, pero para mí hay una especie de repudiación de dicha teoría basada en un deseo de claridad no sólo registral, sino de economía práctica y, si queremos hacer caso al Código, parece que su espíritu es ese que apunto, ya que el artículo 1.392, 4.º, al enumerar las causas de «conclusión» de la sociedad incluye la de que los cónyuges convengan un régimen distinto y el artículo 1.396 ya precisa más, pues dice que «Disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzarán con un inventario del activo y pasivo de la sociedad». La Dirección General en su amplitud analógica y basada en las remisiones que el Código civil hace para los casos de disolución de la sociedad de gananciales a los de la sociedad y a su vez a los de las herencias, como antes vimos está pensando en una partición inmediata y no en un aplazamiento de la misma. Pregunto: ¿Cabría un aplazamiento de liquidación social en un proceso de transformación y situar frente a terceros un diferente régimen de responsabilidad? Bien es verdad que hoy día la remisión

que el artículo 1.395 hacía a las normas de la sociedad ha desaparecido y únicamente el artículo 1.410 se remite a las disposiciones de partición y liquidación de herencia para la formación del inventario, tasación y ventas de bienes, división del caudal, adjudicaciones y demás que no se halle expresamente determinado.

Suponiendo que sea precisa la liquidación y que, como en el caso presente, el bien único que ostente la sociedad de gananciales figure inscrito como ganancial, se hace necesario aclarar si la confesión del marido y de la mujer pueden en ese momento decidir el cambio de carácter, convirtiéndolo en privativo de uno de los esposos. Entiendo que son completamente distintos los artículos 1.324 y 1.355 del nuevo Código, pues el segundo sólo admite «el común acuerdo de los cónyuges» para atribuir el carácter de gananciales (y no de privativos) a los bienes que «adquieran» a *título oneroso durante el matrimonio* y en todo caso si la adquisición es «conjunta» y sin atribuciones de cuotas, la presunción de voluntad es absoluta a favor de la ganancialidad.

Sigue manteniéndose por el artículo 1.361 la presunción de gananciales para los bienes «existentes» en el matrimonio, mientras que no se pruebe la privatividad de los mismos a favor del marido o de la mujer. Frente a esta norma está la admisión del artículo 1.324 del procedimiento de la confesión, apoyado por el sistema de libertad de contratación y transmisión entre cónyuges que recoge el artículo 1.323. Entiendo que esa confesión tiene unos límites legales y que puede no servir para solucionar el tema planteado en esta Resolución de forma diferente a la que se le dio en su legislación «intermedia».

Creo que podríamos concretar el tema de la confesión extrajudicial, como medio de prueba que no ha sufrido en este punto modificación, ya que los artículos 1.231 a 1.239 del C. c. han quedado intactos, y entre las condiciones que subsisten está el de la capacidad para hacerla (artículo 1.231 C. c.) y el de que por ella *no puede eludirse* el cumplimiento de las leyes (artículo 1.232 C. c.). De otra parte, siempre la confesión extrajudicial, debe considerarse como *un hecho sujeto a la apreciación* de los Tribunales según las reglas establecidas sobre la prueba. Es decir:

- Es un medio de prueba relativo y no absoluto.
- Se circscribe a la pareja de cónyuges, siendo sólo preciso que uno de ellos la haga (sin que consienta el otro) y que no perjudique a herederos y acreedores.
- Por supuesto no cabe frente a bienes que el mismo Código ha calificado como gananciales o privativos de antemano. Es decir, que la confesión sólo puede entrar en juego para aquellos casos a que hace referencia en forma genérica el artículo 1.361 del C. c. Queda excluida, a mí entender, en todos aquellos casos en los que el Código ha decidido el carácter privativo o ganancial del bien: a) Los bienes donados conjuntamente (artículo 1.339 C. c.). b) Los bienes privativos que enumera el artículo 1.346 del C. c. en su aplicación a los inmuebles. c) Los bienes gananciales que conforme al artículo 1.347 del C. c. tienen ese carácter, entre los cuales están los «adquiridos a título oneroso a cos-

ta del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno sólo de los esposos». d) Los bienes donados o dejados en testamento (artículo 1.353 C. c.). e) Los bienes adquiridos con precio ganancial y privativo (artículo 1.354 C. c.). f) Los adquiridos por uno de los cónyuges con precio aplazado (artículo 1.356 C. c.). g) Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad (artículo 1.357 del C. c.). h) Las edificaciones y plantaciones hechas sobre inmuebles gananciales o privativos (artículo 1.359 del C. c.).

Según el supuesto que contemplamos y que resuelve la Dirección General, la finca existente en el matrimonio regido por el sistema de gananciales es ganancial y así figura inscrita en el Registro. ¿Cabe ahora la confesión del otro para destruir no una presunción de ganancialidad, sino una situación admitida por ambos cónyuges y publicada registralmente? Entiendo que el supuesto se ajusta a lo que el Notario reflejó en la escritura, ya que la confesión como medio de prueba entre cónyuges del carácter de los bienes exige, como dice el artículo 1.324, que la misma venga «el otro cónyuge» y en la escritura de disolución y modificación del régimen económico matrimonial la confesión parte de la mujer, porque la finca se adjudica al marido.

Ahora ya no puede alegarse que esa confesión tropiece con la prohibición de donaciones entre cónyuges, pues el artículo 1.323 del C. c. ha librado de esa limitación a los cónyuges. Si la confesión en el fondo, como reconoce en la Resolución la Dirección General, envuelve una donación la misma deberíamos reputarla válida, liquidarla del impuesto e inscribirla. No hay que olvidar, sin embargo, unas cosas importantes: que la confesión en este caso sería ir contra los propios actos de los cónyuges que en su día consideraron ganancial a la finca cuestionada; que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales; que la confesión es un hecho sometido al criterio de los Tribunales; que sólo vincula a marido y mujer sin afectar a los herederos y que, por todo ello, a lo único que se podría llegar es a entender que esa confesión que podría incluso hacerse constar por nota marginal al asiento de inscripción de la finca ganancial—supone para el futuro no que la finca sea privativa, sino que la esposa al hacer esta afirmación ha concedido al marido una autorización o consentimiento para disponer en su día de la misma. Es decir, la generosidad de la calificación hecha por el Registrador en el caso de esta Resolución al brindar la posibilidad de una nota marginal que no recoge el artículo 95 del Reglamento, es la única solución.

Creo que hay razones que avalan esta postura, pues admitir en un sentido amplio la confesión sería dar excesivo campo de actuación a la misma. Entre cónyuges debe servir para aquellos casos de duda sobre si la finca es o no ganancial, pero no para «transformar» la naturaleza de unas adquisiciones en las que se probó que el dinero era ganancial o que legalmente así se configuran. Yo creo que el sistema legal en el que en encuadra la sociedad de gananciales es más serio que el capricho evolutivo de unos cónyuges que hoy dicen una cosa y mañana otra. El vehículo de la confesión podría tener aplicación en sistemas anteriores para lograr burlar prohibicio-

nes, pero en la actualidad existente la libertad de contratación entre cónyuges debe acudirse a la donación, la transmisión o la renuncia, pero no a la confesión que no pasa de ser o presuponer una simulación.

*Adquisición de inmueble en pro-indiviso por marido y mujer casados en régimen de gananciales. Es inscribible esta adquisición, aunque no hayan hecho los esposos manifestación alguna sobre el origen del precio.* (Resolución de 17 de octubre de 1979; «Boletín Oficial del Estado» de 20 de noviembre de 1979.)

#### *Hechos.*

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Santa Cruz de Tenerife, don Federico Nieto Viejobueno, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de San Cristóbal de la Laguna, número II, a inscribir una escritura de compraventa, pendiente en este Centro, en virtud de apelación del Registrador.

Resultando que por escritura de 21 de junio de 1978, autorizada por el Notario don Federico Nieto Viejobueno, los esposos don Antonio Hernández García y doña Dominga Quijada Cano vendieron a los cónyuges don Juan Hernández Bethencourt y doña Enundina Negren Barrera una finca urbana, adquiriéndola por mitad, en común y proindiviso.

Resultando que, presentada en el Registro de la Propiedad primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Se deniega la inscripción del precedente documento porque los cónyuges que en él comparecen se hallan, a falta de justificación en contrario —artículo 1.315, párrafo 2º del Código civil—, sujetos al régimen económico legal de gananciales y la adquisición que efectúa es de un bien ganancial —artículo 1.401, 1º y 1.407 del mismo Cuerpo legal— y ante tal situación, o sea, rigiendo el régimen económico legal de gananciales y adquiriendo los cónyuges un bien de tal calidad, la idea de cuota, como generadora de una situación de comunidad ordinaria o romana, con todas las consecuencias que ello implica, es totalmente incompatible con la adquisición efectuada por los cónyuges en el documento calificado. Considerándose el defecto insubsanable, no se practica anotación preventiva».

Resultando que el Notario autorizante de dicha escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que no parece que la nota calificadora se ajuste al artículo 106 del Reglamento Hipotecario, ya que no se indica en forma clara y precisa el defecto o defectos de la escritura expresando los artículos infringidos, sino que en forma genérica y en contra de la Resolución de la Dirección General de 25 de febrero de 1953, alude a una discutible naturaleza de la sociedad de gananciales, concepto, por otra parte, no pacífico en la doctrina para sacar la consecuencia de incompatibilidad con la idea de cuota; que los dos únicos textos legales citados por el Registrador son los artículos 1.401, 1º, y 1.407 del Código civil; que el primero de estos preceptos reconoce expresamente que cualquiera de los esposos puede adqui-

rir para la sociedad conyugal, y no establece que la adquisición del bien presuntivamente ganancial deba hacerse en un solo acto ni prohíbe que se vayan adquiriendo en forma sucesiva cuotas determinadas del mismo, por lo cual puede adquirirse por un cónyuge una cuota indivisa y posteriormente las restantes, bien por el mismo cónyuge adquirente de la primera, o bien por el otro, de manera que cada cuota indivisa adquirida tendrá carácter presuntivamente ganancial; que esta forma de adquirir en nada contradice a los artículos 1.401 y 1.407 del Código civil, ni es depresiva de la autoridad del marido, y está amparada por el artículo 1.255 del mismo Cuerpo legal; que es posible que marido y mujer adquieran cuotas indivisas en actos independientes, cronológicamente sucesivos, también es posible que adquieran, por cuotas indivisas, simultáneamente y en un solo acto; que el no aceptar esta posibilidad supondría que, habiendo adquirido un cónyuge una cuota, las restantes sólo podrán ser adquiridas por el mismo, ni siquiera por la comunidad; que de esta manera se vendría a crear una prohibición de adquirir, civil, al otro cónyuge no adquirente «ab initio» y sin base legal alguna; que la presunción del artículo 1.407 admite prueba en contrario, en cuyo caso, demostrada la privatividad del dinero empleado en la adquisición, el bien adquirido, aunque sea una cuota, será privativo por aplicación del artículo 1.396 del Código civil; que el tratamiento hipotecario de esta cuestión debe ser y es correlativo; que, en efecto, el artículo 95 del Reglamento Hipotecario admite, paralelamente, al artículo 1.401, apartado 1.º, del Código civil, que ambos cónyuges son órganos de adquisición de la sociedad conyugal; que el artículo 95 citado no dice que no puedan adquirir por cuotas indivisas, en forma sucesiva, uno u otro cónyuge o conjuntamente, ambos en un solo acto, en base a la libertad que concede el artículo 1.255 del Código civil; que lo que ocurrirá es que si los cónyuges no las determinan, el Registrador no podrá hacerlo de oficio, sino que inscribirá para la sociedad conyugal; que si civilmente cada uno puede adquirir su cuota con carácter presuntivamente ganancial, también podrá registrar su adquisición con el mismo carácter, de manera que habrá una cuota inscrita a nombre de un cónyuge, con este carácter, y otra cuota a nombre del otro cónyuge con el mismo carácter; que no aceptar esto supone tanto como crear una prohibición hipotecaria de registración no determinada por la Ley; que la regla tercera del artículo 95 del Reglamento Hipotecario establece que si se justifica con posterioridad a la inscripción la privatividad del precio, se hará constar así por nota marginal, que determinará la atribución de los bienes inscritos, por lo cual si el bien inscrito es una cuota determinará la atribución de la cuota, determinación que, por otra parte, presupone el artículo 54 del propio Reglamento; que si se deniega la previa inscripción de la cuota, ¿cómo podrá posteriormente atribuirle carácter privativo si se demuestra el carácter exclusivo del precio o contraprestación?; que el no aceptar esta tesis lleva al absurdo y a crear prohibiciones civiles e hipotecarias de adquisición e inscripción para un cónyuge, no previstas por la Ley.

Resultando que el Registrador informó: que en la escritura calificada componen los cónyuges sujetos al régimen de sociedad de gananciales y adquiere por mitad, en común y proindiviso un inmueble sin probar ni aseverar el carácter privativo del precio, por lo cual se trata de un bien presuntivamente

ganancial; que, a través y por mor de la escritura calificada, los cónyuges han modificado su sistema de gananciales en un sistema de separación de bienes, ya que han convertido una adquisición presuntivamente ganancial en privativa; que si bien no es pacífica la posición doctrinal y jurisprudencial en torno a la naturaleza de la sociedad de gananciales, en lo que sí hay absoluta unanimidad es en considerar que la idea de comunidad romana o por cuotas es radicalmente incompatible con la estructura jurídica de aquella sociedad; que el régimen de administración de la comunidad citada, la negociabilidad de las cuotas y la posibilidad de división de la cosa común, son incompatibles con la sociedad de gananciales; que ante ello y a la vista de la escritura calificada, resulta que los cónyuges han establecido indebidamente un sistema de comunidad romana sobre un bien presuntivamente ganancial, con lo que han eliminado ilegalmente tal carácter al convertirlo en privativo; que desde un punto de vista registral, la adquisición efectuada por los cónyuges en la escritura calificada no puede acceder al Registro al no encajar en el artículo 95 del Reglamento Hipotecario; que, en efecto, el número 1 de este artículo no puede servir de soporte a la inscripción solicitada, la adquisición se hizo por cuotas, lo cual constituye un obstáculo insalvable para que el funcionario calificador pueda inscribir tal adquisición sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal, ya que del conjunto del sistema hipotecario se desprende que aquél tiene que inscribir las titularidades tal como aparecen en los documentos calificados, sin modificarlas caprichosamente; que el caso se ofrecería más evidente si en la escritura un cónyuge adquiriera, por ejemplo, las tres cuartas parte indivisas y el otro, el resto, en cuyo caso, ¿tendría el Registrador que alterar su clara manifestación de voluntad, prescindir de ella e inscribir sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal?; que la respuesta ha de ser negativa, pues tal alteración no sería ajustada a derecho; que tampoco el número 2 del artículo 95 puede servir de apoyo a la inscripción solicitada, por cuanto no ha tenido lugar la aseveración de privatividad; que, igualmente, no cabe aplicar el número 3 del mismo artículo, pues no ha existido prueba de la privatividad del precio o contraprestación; que no sirve el argumento del Notario, en apoyo de la inscribibilidad, conforme al cual los cónyuges pueden adquirir sucesivas cuotas indivisas, por que tales cuotas deben ser adquiridas, si son gananciales o presuntivamente gananciales, sin atribución de cuotas (sic) y para la sociedad conyugal.

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador declarando que, sin entrar en la polémica de la naturaleza de la sociedad de gananciales, hay que resaltar la orientación jurisprudencial que la concibe como variedad de la mancomunidad germánica, sin atribución de cuotas y facultad de pedir la división mientras dure la vida en común de los cónyuges; que el problema que plantea este recurso no ha de encontrarse dentro del marco sustantivo del derecho civil puro porque el carácter presuntivamente ganancial del inmueble adquirido no se pone en tela de juicio, dados los artículos 1.401, número 1, y 1.407 del Código civil, sino que ha de centrarse en el ámbito registral, ya que se trata de decidir si la adquisición efectuada en la escritura calificada ha de inscribirse conforme al número primero del artículo 95 del Reglamento Hipotecario o si, por el contrario, el acceso al

Registro en las condiciones de este número y artículo viene impedido por reseñarse en el título que los cónyuges lo compraron por mitad, en común y proindiviso; que, así centrado el tema, la adquisición por cuotas indivisas hecha por los cónyuges no debe obstaculizar ni el carácter presuntivamente ganancial del bien en el orden sustantivo civil ni la inscripción a nombre de ambos cónyuges conjuntamente y para la sociedad conyugal porque es precisamente la correlación que caracteriza y señala al régimen ganancial la que actúa en función de cada una de las cuotas indivisas adquiridas en el título por los cónyuges con carácter indiferenciado, de forma que al tenerse que calificar al inscribir la adquisición, deberá actuar oportunamente la índole ganancial que le abarca; que si nada se opone a que la adquisición por el marido, por la mujer o por los dos de una cuota indivisa de un inmueble sea inscrita con carácter ganancial a nombre de ambos y para la sociedad conyugal, tampoco hay motivo suficiente para dejar de cumplir con lo ordenado en el artículo 95, número 1, citado por el hecho de que ambos cónyuges adquieran por mitad, en común y proindiviso, antes bien, son las propias singularidades caracterizadoras de la hipótesis contemplada las que reclaman subsunción en aquella norma, ya que las cuotas de que se trata no han de entenderse adquiridas individualizadamente para la inscripción, sino indiferiadamente en razón al influjo que la caracterizadora comunicación del régimen ganancial ejerce en ellas; que estos razonamientos no implican conciliación del artículo 54 del Reglamento Hipotecario, ya que este precepto queda así desplazado, sin encaje ni oportunidad, dadas las particularidades del supuesto tal como viene configurando y la singularidad normativa que encierra el artículo 95, número 1 del mismo Reglamento; que tampoco pueden estimarse incumplidos con estos razonamientos los artículos 9, regla 2.<sup>a</sup>, de la Ley Hipotecaria, y 51, regla 6.<sup>a</sup> de su Reglamento, ya que tratándose de reglas que regulan con carácter general las circunstancias de la inscripción han de ser comprendidas con la reconducción que supone la específica regulación del artículo 95, número 1, mencionado, que demanda directa y específica aplicación; que la solución propugnada no significa una caprichosa modificación de las titularidades que constan en el documento calificado, sino que es el reflejo de ellas, entendidas a través de la norma que obliga al Registrador a inscribir, entonces y precisamente en razón a ellas, a nombre de ambos cónyuges conjuntamente y para la sociedad conyugal, que es lo que procede.

*Doctrina.*—«Considerando que el problema que plantea este recurso es de si puede inscribirse en el Registro de la Propiedad, la adquisición de una finca por mitad, en común y proindiviso, efectuada simultáneamente y en un solo acto, por marido y mujer casados bajo el mismo régimen económico legal de gananciales, sin haber hecho manifestación alguna sobre la procedencia del precio».

«Considerando que, desde un punto de vista estrictamente civil, si el marido, o la mujer, sujetos al régimen legal de gananciales pueden adquirir para sí una cuota indivisa o una parte determinada de un bien, y, posteriormente, el otro cónyuge puede adquirir también para sí otra y otras cuotas del mismo bien —cuotas que tendrán naturaleza ganancial en el supuesto del artículo 1.407 del Código civil, no importando para quién se haya efectuado la adquisición en uno y en otro caso—, también ha de admitirse que los cónyuges

ges pueden, simultáneamente en un solo acto, adquirir un bien por mitad, en común y proindiviso, toda vez que no hay norma alguna que prohíba tal modalidad de adquisición y, por tanto, impedirla supondría crear una prohibición que la Ley no establece ni de ella se deduce, siendo así que, por el contrario, podría tener su base en el artículo 1.255 del mismo Código, sin que a ello se oponga la naturaleza, discutida, de la sociedad de gananciales, porque la comunidad en que ésta consiste se da respecto de cada cuota, de manera que cada una de éstas, ha de reputarse ganancial.»

«Considerando que si bien la adquisición efectuada en tal forma pudiera revelar el deseo o intención de los cónyuges de adquirir una cuota privativamente para cada uno, es lo cierto que, no probándose la privatividad del precio, como sucede en este caso, y en tanto no se prueba tal extremo, la adquisición tendrá carácter presuntivamente ganancial, siendo irrelevante a los efectos de la determinación de la naturaleza del bien o cuotas adquiriendo las circunstancias de que los cónyuges adquieran para sí o para la comunidad.»

«Considerando que, desde el punto de vista registral, ha de estimarse aplicable la regla primera, del artículo 95, del Reglamento Hipotecario, respecto a la adquisición por cada cónyuge de una mitad indivisa de la finca, inscribiendo cada mitad, y en conjunto el pleno dominio, en favor de ambos cónyuges, sin atribución de cuotas y para la comunidad conyugal, sin perjuicio de que si con posterioridad se prueba el carácter privativo del precio, de una o de las dos mitades indivisas, puede hacerse constar en la forma que determina el párrafo 2.º, de la regla 3.ª, del citado artículo 95.»

«Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado que revocó la nota del Registrador.»

*Bienes Gananciales. Reitera la doctrina de la Resolución de 17 de octubre de este mismo año. (Resolución de 19 de octubre de 1979; «Boletín Oficial del Estado de 16 de noviembre de 1979.»)*

*Hechos.*

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Santa Cruz de Tenerife, don Federico Nieto Viejobueno, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de San Cristóbal de La Laguna, número II, a inscribir una escritura de compraventa, pendiente en este Centro, en virtud de apelación del Registrador.

Resultando que por escritura de 14 de febrero de 1975, autorizada por el Notario don Federico Nieto Viejobueno, la Compañía Mercantil «Inversiones Levantinas, S. A.», vendió a los cónyuges don Honorio Riversol Mata y doña Ana Deniz Rodríguez una finca urbana, adquiriéndola por partes iguales, por mitad y en proindivisión.

Resultando que presentada en el Registro de la Propiedad primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Se deniega la inscripción del precedente documento porque los cónyuges que en él comparecen se hallan, a falta de justificación en contrario —artículo

1.315, párrafo 2.º, del Código civil—, sujetos al régimen económico legal de gananciales y la adquisición que efectúa es de un bien ganancial —artículos 2.401, 1.º, y 1.407 del mismo Cuerpo legal— y ante tal situación, o sea, rigiendo el régimen económico legal de gananciales y adquiriendo los cónyuges un bien de tal calidad, la idea de cuota, como generadora de una situación de comunidad ordinaria o romana, con todas las consecuencias que ello implica, es totalmente incompatible con la adquisición efectuada por los cónyuges en el documento calificado. Considerándose el defecto insubsanable, no se practica anotación preventiva».

Resultando que el Notario autorizante de dicha escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que no parece que la nota calificadora se ajuste al artículo 106 del Reglamento Hipotecario, ya que no se indica en forma clara y precisa el defecto o defectos de la escritura expresando los artículos infringidos, sino que en forma genérica y en contra de la Resolución de la Dirección General de 25 de febrero de 1953, alude a una discutible naturaleza de la sociedad de gananciales, concepto, por otra parte, no pacífico en la doctrina para sacar la consecuencia de incompatibilidad con la idea de cuota; que los dos únicos textos legales citados por el Registrador son los artículos 1.401, 1.º, y 1.407 del Código civil; que el primero de estos preceptos reconoce expresamente que cualquiera de los esposos puede adquirir para la sociedad conyugal, y no establece que la adquisición del bien presuntivamente ganancial deba hacerse en un solo acto ni prohíbe que se vayan adquiriendo en forma sucesiva cuotas determinadas del mismo, por lo cual puede adquirirse por un cónyuge una cuota indivisa y posteriormente las restantes, bien por el mismo cónyuge adquirente de la primera, o bien por el otro, de manera que cada cuota indivisa adquirida tendrá carácter presuntivamente ganancial; que de esta forma de adquirir en nada contradice a los artículos 1.401 y 1.407 del Código civil, ni es depresiva de la autoridad del marido, y está amparado por el artículo 1.255 del mismo Cuerpo legal; que si es posible que marido y mujer adquieran cuotas indivisas en actos independientes, cronológicamente sucesivos, también es posible que adquiera, por cuotas indivisas, simultáneamente y en un solo acto; que el no aceptar esta posibilidad supondría que, habiendo adquirido un cónyuge una cuota, las restantes sólo podrán ser adquiridas por el mismo, ni siquiera por la comunidad; que de esta manera se vendría a crear una prohibición de adquirir, civil, al otro cónyuge no adquirente «ab initio» y sin base alguna; que la presunción del artículo 1.407 admite prueba en contrario, en cuyo caso, demostrada la privacidad del dinero empleado en la adquisición, el bien adquirido, aunque sea una cuota, será privativo por aplicación del artículo 1.396 del Código civil; que el tratamiento hipotecario de esta cuestión debe ser y es correlativo; que, en efecto, el artículo 95 del Reglamento Hipotecario admite paralelamente el artículo 1.401, apartado 1.º, del Código civil, que ambos cónyuges son órganos de adquisición de la sociedad conyugal; que el artículo 95 citado no dice que no puedan adquirir por cuotas indivisas, en forma sucesiva, uno u otro cónyuge o conjuntamente, ambos en un solo acto, en base a la libertad que concede el artículo 1.255 del Código civil que lo que ocurrirá es que si los cónyuges no las determinan el Registrador no podrá hacerlo de oficio, sino que inscribirá para la sociedad conyugal; que si civilmente cada

uno puede adquirir su cuota con carácter presuntivamente ganancial, también podrá registrar su adquisición con el mismo carácter, de manera que habrá una cuota inscrita a nombre de un cónyuge, con este carácter, y otra cuota a nombre del otro cónyuge con el mismo carácter; que no aceptar esto supone tanto como crear una prohibición hipotecaria de registración no determinada por la Ley; que la regla tercera del artículo 95 del Reglamento Hipotecario establece que si se justifica con posterioridad a la inscripción la privatividad del precio, se hará constar así por nota marginal, que determinará la atribución de los bienes inscritos, por lo cual si el bien inscrito es una cuota determinará la atribución de la cuota, determinación que, por otra parte, presupone el artículo 54 del propio Reglamento; que si se deniega la previa inscripción de la cuota, ¿cómo podrá posteriormente atribuirle carácter privativo si se demuestra el carácter exclusivo del precio o contraprestación?; que el no aceptar esta tesis lleva al absurdo y a crear prohibiciones civiles e hipotecarias de adquisición e inscripción para un cónyuge, no previstas por la Ley.

Resultando que el Registrador informó: que en la escritura calificada comparecen los cónyuges sujetos al régimen de sociedad de gananciales y adquieran por mitad, en común y proindiviso un inmueble sin probar ni aseverar el carácter privativo del precio, por lo cual se trata de un bien presuntivamente ganancial; que, a través y por mor de la escritura calificada, los cónyuges han modificado su sistema de gananciales en un sistema de separaciones de bienes, ya que han convertido una adquisición presuntivamente ganancial en privativa; que si bien no es pacífica la posición doctrinal y jurisprudencial en torno a la naturaleza de la sociedad de gananciales, en lo que si hay absoluta unanimidad es en considerar que la idea de comunidad romana o por cuotas es radicalmente incompatible con la estructura jurídica de aquella sociedad; que el régimen de administración de la comunidad citada, la negociabilidad de las cuotas y la posibilidad de división de la cosa común, son incompatibles con la sociedad de gananciales; que ante ello y a la vista de la escritura calificada, resulta que los cónyuges han establecido indebidamente un sistema de comunidad romana sobre un bien presuntivamente ganancial, con lo que han eliminado ilegalmente tal carácter al convertirlo en privativo; que desde un punto de vista registral, la adquisición efectuada por los cónyuges en la escritura calificada no puede acceder al Registro al no encajar en el artículo 95 del Reglamento Hipotecario; que, en efecto, el número 1 de este artículo no puede servir de soporte a la inscripción solicitada, pues la adquisición se hizo por cuotas, lo cual constituye un obstáculo insalvable para que el funcionario calificador pueda inscribir tal adquisición sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal, ya que del conjunto del sistema hipotecario se desprende que aquél tiene que inscribir las titularidades tal como aparecen en los documentos calificados, sin modificarlas caprichosamente; que el caso se ofrecería más evidente si en la escritura un cónyuge adquiera, por ejemplo, las tres cuartas partes indivisas y el otro, el resto, en cuyo caso ¿tendría el Registrador que alterar su clara manifestación de voluntad, prescindir de ella e inscribir sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal?; que la respuesta ha de ser negativa, pues tal alteración no sería ajustada a

derecho; que tampoco el número 2, del artículo 95, puede servir de apoyo a la inscripción solicitada, por cuanto no ha tenido lugar la aseveración de privatividad; que, igualmente, no cabe aplicar el número 3 del mismo artículo, pues no ha existido prueba de la privatividad de precio o contraprestación; que no sirve el argumento del Notario en apoyo de la inscribibilidad, conforme al cual los cónyuges pueden adquirir sucesivamente cuotas indivisas, porque tales cuotas deben ser adquiridas, si son gananciales o presuntivamente gananciales, sin atribución de cuotas (sic) y para la sociedad conyugal.

Resultando que el presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador declarando que, sin entrar en la polémica de la naturaleza de la sociedad de gananciales, hay que resaltar la orientación jurisprudencial que la concibe como variedad de la mancomunidad germánica, sin atribución de cuotas y facultad de pedir la división mientras dure la vida en común de los cónyuges; que el problema que plantea este recurso no ha de centrarse dentro del marco sustantivo del Derecho civil puro, porque tal carácter presuntivamente ganancial del inmueble adquirido no se pone en tela de juicio, dados los artículos 1.401, número 1 y 1.407 del Código civil, sino que ha de centrarse en el ámbito registral, ya que se trata de deducir si la adquisición efectuada en la escritura calificada ha de inscribirse conforme al número primero, del artículo 95 del Reglamento Hipotecario o si, por el contrario, el acceso al Registro en las condiciones de este número y artículo viene impedido por reseñarse en el título que los cónyuges lo compraron por la mitad, en común y proindiviso; que, así centrado el tema, la adquisición por cuotas indivisas hecha por los cónyuges no debe obstaculizar ni el carácter presuntivamente ganancial del bien en el orden sustantivo civil ni la inscripción a nombre de ambos cónyuges conjuntamente y para la sociedad conyugal porque es precisamente la correlación que caracteriza y señala al régimen ganancial la que actúa en función de cada una de las cuotas indivisas adquiridas en el título por los cónyuges con carácter indiferenciado, de forma que al tenerse que calificar al inscribir la adquisición, deberá actuar oportunamente la índole ganancial que lo abarca; que si nada se opone a que la adquisición por el marido, por la mujer o por los dos de una cuota indivisa de un inmueble sea inscrita con carácter ganancial a nombre de ambos y para la sociedad conyugal, tampoco hay motivo suficiente para dejar de cumplir con lo ordenado en el artículo 95, número 1 citado, por el hecho de que ambos cónyuges adquieran por mitad, en común y proindiviso, antes bien, son las propias singularidades caracterizadoras de la hipótesis contemplada las que reclaman su subsunción de aquella norma, ya que las cuotas de que se trata no han de entenderse adquiridas individualizadamente para la inscripción, sino indiferenciadamente en razón al influjo que la caracterizadora comunicación del régimen ganancial ejerce en ellas; que estos razonamientos no implican conculcación del artículo 54 del Reglamento Hipotecario, ya que este precepto queda aquí desplazado, sin encaje ni oportunidad, dadas las particularidades del supuesto tal como viene configurada y la singular normativa que encierra el artículo 95, número 1, del mismo Reglamento; que tampoco pueden estimarse incumplidos con estos razonamientos los artículos 9, regla 2.<sup>a</sup> de la

Ley Hipotecaria, y 51, regla 6.<sup>a</sup> de su Reglamento, ya que tratándose de reglas que regulan con carácter general las circunstancias de la inscripción, han de ser comprendidas con la reconducción que supone la específica regulación del artículo 95, número 1 mencionado, que demanda directa y específica aplicación; que la solución propugnada no significa una caprichosa modificación de las titularidades que constan en el documento calificado, sino que es el reflejo de ellas, entendidas a través de las normas que obliga al Registrador a inscribir, entonces y precisamente en razón a ellas, a nombre de ambos cónyuges conjuntamente y para la sociedad conyugal, que es lo que procede.

*Doctrina.*—«Considerando que la cuestión a que se refiere este recurso es idéntico a la planteada por el mismo Notario y Registrador en el expediente que motivó la Resolución de este Centro de 17 de octubre de 1979, a saber, si puede inscribirse en el Registro de la Propiedad la adquisición de una finca urbana por mitad, en común y pro-indiviso por ambos esposos, casados bajo el régimen legal de gananciales, sin haber hecho manifestación alguna sobre la procedencia del precio».

«Considerando que la indicada Resolución declaró que no hay ningún inconveniente ni desde el punto de vista civil ni hipotecario el que el marido o mujer puedan adquirir a título oneroso una cuota indivisa de un bien —artículo 1.401, 1.<sup>o</sup>— que tendría naturaleza ganancial, y lo que puedan hacer por separado y en acto distinto, también están facultados para realizarlos simultáneamente, y que a esta adquisición ha de estimarse aplicable la regla primera, del artículo 95, del Reglamento Hipotecario inscribiendo cada mitad y en conjunto el pleno dominio, en favor de ambos cónyuges, sin atribución de cuotas y para la comunidad conyugal».

«Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado que revocó la nota del Registrador».

**BIENES GANANCIALES.**—*Reitera la doctrina de las Resoluciones de 17 y 19 de octubre de 1979. Resolución de 22 de octubre de 1979. («Boletín Oficial del Estado» de 15 de noviembre de 1979.)*

*Hechos.*—En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Santa Cruz de Tenerife, don Federico Nieto Viejobueno, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de San Cristóbal de la Laguna, número II, a inscribir una escritura de compraventa, pendiente en este Centro, en virtud de apelación del Registrador.

Resultando que por escritura de 24 de agosto de 1978, autorizada por el Notario don Federico Nieto Viejobueno, don Bernardino García Martín vendió a los cónyuges doña María Martín Mesa y don Félix Cano Delgado una finca rústica, adquiriéndola por mitad, en común y proindiviso.

Resultando que, presentada en el Registro de la Propiedad primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Se deniega la inscripción del precedente documento porque los cónyuges que en él comparecen se hallan, a falta de justificación en contrario —artículo 1.315, párrafo 2.<sup>o</sup> del Código civil—, sujetos al régimen económico

íegal de gananciales y la adquisición que efectúa es de un bien ganancial —artículos 1.401, 1.<sup>o</sup>, y 1.407 del mismo cuerpo legal— y ante tal situación, o sea, rigiendo el régimen económico legal de gananciales y adquiriendo los cónyuges un bien de tal calidad, la idea de cuota, como generadora de una situación de comunidad ordinaria o romana, con todas las consecuencias que ello implica, es absolutamente incompatible con la adquisición efectuada por los cónyuges en el documento calificado. Considerándose el defecto insubsanable, no se practica anotación preventiva».

Resultando que el Notario autorizante de dicha escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que no parece que la nota calificadora se ajuste al artículo 106 del Reglamento Hipotecario, ya que no se indica en forma clara y precisa el defecto o detectos de la escritura expresando los artículos infringidos, sino que en forma generica y en contra de la Resolución de la Dirección General de 25 de febrero de 1953, alude a una discutible naturaleza de la sociedad de gananciales, concepto, por otra parte, no específico en la doctrina para sacar la consecuencia de incompatibilidad con la idea de cuota; que los dos únicos textos legales citados por el Registrador son los artículos 1.401, 1.<sup>o</sup>, y 1.407 del Código civil; que el primero de estos preceptos reconoce expresamente que cualquiera de los esposos puede adquirir para la sociedad conyugal, y no establece que la adquisición del bien presuntivamente ganancial deba hacerse en un solo acto, ni prohíbe que se vayan adquiriendo en formas sucesivas cuotas determinadas del mismo, por lo cual puede adquirirse por un cónyuge una cuota indivisa y posteriormente las restantes, o bien por el mismo cónyuge adquirente de la primera o bien por el otro de manera que cada cuota indivisa adquirida tendrá carácter presuntivamente ganancial; que esta forma de adquirir en nada contradice a los artículos 1.401 y 1.407 del Código civil, ni es depresiva de la autoridad del marido, y está amparado por el artículo 1.255 del mismo Cuerpo legal; que si es posible que marido y mujer adquieran cuotas indivisas en actos independientes, cronológicamente sucesivos, también es posible que adquieran, por cuotas indivisas, simultáneamente y en un solo acto; que el no aceptar esta posibilidad supondría que, habiendo adquirido un cónyuge una cuota, las restantes sólo podrán ser adquiridas por el mismo, ni siquiera por la comunidad; que de esta manera se vendría a crear una prohibición de adquirir, civil, al otro cónyuge no adquirente «ab initio» y sin base legal alguna; que la presunción del artículo 1.407 admite prueba en contrario, en cuyo caso, demostrada la privatividad del dinero empleado en la adquisición, el bien adquirido, aunque sea una cuota, será privativo por aplicación del artículo 1.369 del Código civil; que el tratamiento hipotecario de esta cuestión debe ser y es correlativo; que, en efecto, el artículo 95 del Reglamento Hipotecario admite paralelamente el artículo 1.401, apartado 1.<sup>o</sup>, del Código civil, que ambos cónyuges son órganos de adquisición de la sociedad conyugal; que el artículo 95 citado no dice que no puedan adquirir por cuotas indivisas, en forma sucesiva, uno u otro cónyuge o conjuntamente, ambos en un solo acto, en base a la libertad que concede el artículo 1.255 del Código civil; que lo que ocurrirá es que si los cónyuges no las determinan, el Registrador no podrá hacerlo de oficio, sino que inscribirá para la sociedad conyugal; que si civilmente cada uno puede

adquirir su cuota con carácter presuntivamente ganancial, también podrá registrar su adquisición con el mismo carácter, de manera que habrá una cuota inscrita a nombre de un cónyuge, con este carácter, y otra cuota a nombre del otro cónyuge con el mismo carácter; que no aceptar esto supone tanto como crear una prohibición hipotecaria de registración no determinada por la Ley; que la regla tercera, del artículo 95, del Reglamento Hipotecario establece que si se justifica con posterioridad a la inscripción la privatividad del precio se hará constar así por nota marginal, que determinará la atribución de los bienes inscritos, por lo cual si el bien inscrito es una cuota determinará la atribución de la cuota, determinación que, por otra parte, presupone el artículo 54 del propio Reglamento; que si se deniega la previa inscripción de la cuota, ¿cómo podrán posteriormente atribuirle carácter privativo si se demuestra el carácter exclusivo del precio o contraprestación?; que el no aceptar esta tesis lleva al absurdo y a crear prohibiciones civiles e hipotecarias de adquisición e inscripción para un cónyuge, no previstas por la Ley.

Resultando que el Registrador informó: que en la escritura calificada comparecen los cónyuges sujetos al régimen de sociedad de gananciales y adquieran por mitad, en común y proindiviso un inmueble sin probar ni aseverar el carácter privativo del precio, por lo cual se trata de un bien presuntivamente ganancial; que, a través y por mor de la escritura calificada, los cónyuges han modificado su sistema de gananciales en un sistema de separación de bienes, ya que han convertido una adquisición presuntivamente ganancial es privativa; que si bien no es pacífica la posición doctrinal y jurisprudencial en torno a la naturaleza de la sociedad de gananciales, en lo que sí hay absoluta unanimidad es en considerar que la idea de comunidad romana o por cuotas es radicalmente incompatible con la estructura jurídica de aquella sociedad; que el régimen de administración de la comunidad citada, la negociabilidad de las cuotas y la posibilidad de división de la cosa común, son incompatibles con la sociedad de gananciales; que ante ello y a la vista de la escritura calificada, resulta que los cónyuges han establecido indebidamente un sistema de comunidad romana sobre un bien presuntivamente ganancial, con lo que han eliminado ilegalmente tal carácter al convertirle en privativo; que desde un punto de vista registral, la adquisición efectuada por los cónyuges en la escritura calificada no puede acceder al Registro, al no encajar en el artículo 95 del Reglamento Hipotecario; que, en efecto, el número 1 de este artículo no puede servir de soporte a la inscripción solicitada, pues la adquisición se hizo por cuotas, lo cual constituye un obstáculo insalvable para que el funcionario calificador pueda inscribir tal adquisición sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal, ya que del conjunto del sistema hipotecario se desprende que aquél tiene que inscribir las titularidades tal como aparecen en los documentos calificados, sin modificarlas caprichosamente; que el caso se ofrecería más evidente si en la escritura un cónyuge adquiera, por ejemplo las tres cuartas partes indivisas y el otro, el resto, en cuyo caso ¿tendría el Registrador que alterar su clara manifestación de voluntad, prescindir de ella e inscribir sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal?; que la respuesta ha de ser negativa, pues tal alteración no sería ajustada a de-

recho; que tampoco el número 2, del artículo 95, puede servir de apoyo a la inscripción solicitada, por cuanto no ha tenido lugar la aseveración de privatividad; que, igualmente, no cabe aplicar el número 3 del mismo artículo, pues no ha existido prueba de la privatividad del precio o contraprestación; que no sirve el argumento del Notario en apoyo de la inscribibilidad, conforme al cual los cónyuges pueden adquirir sucesivamente cuotas indivisas, porque tales cuotas deben ser adquiridas, si son gananciales o presuntivamente gananciales, sin atribución de cuotas (sic) y para la sociedad conyugal.

Resultando que el presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador declarando que, sin entrar en la polémica de la naturaleza de la sociedad de gananciales, hay que resaltar la orientación jurisprudencial que la concibe como variedad de la mancomunidad germánica, sin atribución de cuotas y facultad de pedir la división mientras dure la vida en común de los cónyuges; que el problema que plantea este recurso no ha de centrarse dentro del marco sustantivo del Derecho civil puro, porque el carácter presuntivamente ganancial del inmueble adquirido no se pone en tela de juicio, dados los artículos 1.401, número 1, y 1.407 del Código civil, sino que ha de centrarse en el ámbito registral, ya que se trata de decidir si la adquisición efectuada en la escritura calificada ha de inscribirse conforme al número primero del artículo 95 del Reglamento Hipotecario o si, por el contrario, el acceso al Registro en las condiciones de este número y artículo viene impedido por reseñarse en el título que los cónyuges lo compraron por mitad, en común y proindiviso; que, así centrado el tema, la adquisición por cuotas indivisas hecha por los cónyuges no debe obstaculizarse ni el carácter presuntivamente ganancial del bien en el orden sustantivo civil ni la inscripción a nombre de ambos cónyuges conjuntamente y para la sociedad conyugal porque es, precisamente, la correlación que caracteriza y señala al régimen ganancial la que actúa en función de cada una de las cuotas indivisas adquiridas en el título por los cónyuges con carácter indiferenciado, de forma que al tenerse que calificar al inscribir la adquisición, deberá actuar oportunamente la índole ganancial que le abarca; que si nada se opone a que la adquisición por el marido, por la mujer o por los dos de una cuota indivisa de un inmueble sea inscrita con carácter ganancial a nombre de ambos y para la sociedad conyugal, tampoco hay motivo suficiente para dejar de cumplir con lo ordenado en el artículo 95, número 1, citado por el hecho de que ambos cónyuges adquieran por mitad, en común y proindiviso, antes bien, son las propias singularidades caracterizadoras de la hipótesis contemplada las que reclaman su subsunción en aquella norma, ya que las cuotas de que se trata no han de entenderse adquiridas individualizadamente para la inscripción, sino indiferenciadamente ejerce en ellas; que estos razonamientos no implican conculcación del artículo 54 del Reglamento Hipotecario, ya que este precepto queda aquí desplazado, sin encaje ni oportunidad, dadas las particularidades del supuesto tal como viene configurado y la singularidad normativa que encierra el artículo 95, número 1, del mismo Reglamento; que tampoco pueden estimarse incumplidos con estos razonamientos los artículos D, regla 2.<sup>a</sup>, de la Ley Hipotecaria, y 51, regla 6.<sup>a</sup>, de su Reglamento, ya que tratándose de reglas que regulan con

carácter general las circunstancias de la inscripción, han de ser comprendidas en la reconducción que supone la específica regulación del artículo 95, número 1, mencionado, que demanda directa y específica aplicación; que la solución propugnada no significa una caprichosa modificación de las titularidades que constan en el documento calificado, sino que es el reflejo de ellas entendidas a través de la norma que obliga al Registrador a inscribir, entonces y precisamente en razón a ellas, a nombre de ambos conjuntamente y para la sociedad conyugal que es lo que procede.

*Doctrina.*—«Considerando que la cuestión a que se refiere este recurso es idéntica a la planteada por el mismo Notario y Registrador en el expediente que motivó la Resolución de este Centro de 17 de octubre de 1979, a saber, si puede inscribirse en el Registro de la Propiedad la adquisición de una finca urbana por mitad, en común y proindiviso por ambos esposos, casados bajo el régimen legal de gananciales, sin haber hecho manifestación alguna sobre la procedencia del precio».

«Considerando que la indicada Resolución declaró que no hay ningún inconveniente ni desde un punto de vista civil ni hipotecario el que marido o mujer puedan adquirir a título oneroso una cuota indivisa de un bien —artículo 1.401, 1.º—, que tendría naturaleza ganancial, y lo que pueden hacer por separado y en acto distinto, también están facultados para realizarlo simultáneamente, y que a esta adquisición ha de estimarse aplicable la regla primera, del artículo 95, del Reglamento Hipotecario, inscribiendo cada mitad y en conjunto el pleno dominio, en favor de ambos cónyuges, sin atribución de cuotas y para la comunidad conyugal.»

«Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado que revocó la nota del Registrador.»

## CONSIDERACIONES CRITICAS

Agrupo el comentario crítico de estas tres Resoluciones, ya que el supuesto de hecho y la solución que se da a cada una de ellas es idéntico, variando únicamente los personajes que compran y venden, siendo el funcionario autorizante de esas escrituras el mismo.

El supuesto es anterior a la reforma del Código civil del año 1981 y se soluciona con vigencia de normativa del año 1979. En el fondo no hay variación sustancial en la solución que al caso podía darse, pero sí creo que conviene, después de resumir críticamente las soluciones, plantearse el problema en la legislación vigente.

Se trata de una adquisición de un inmueble, pero que en vez de hacerse en conjunto o globalmente, se adquiere en proindiviso por marido y mujer, siendo su régimen el de gananciales. El problema que se suscita es de si es posible o no esta adquisición en la forma en que se hace y de si los argumentos que se utilizan por el Notario y el Registrador tienen base suficiente para justificar la actuación de cada uno de los funcionarios, desembocando todo ello en la posibilidad o no de la inscripción de dicha adquisición. Adelanto que en principio no tengo una clara explicación que justifique esta forma de adquirir un inmueble por ambos esposos y pienso que algo se

pretendía al complicar esa forma de adquisición. Cuando a uno le ofrecen dos fincas, una con complicaciones y otra sin ellas, y compra la primera es algo que se pretende en proyección futura y quizás la fórmula responda al planteamiento del recurso y a su posible solución positiva en la forma que veremos.

Creo que se hace necesario examinar en dos fases el supuesto: una, la que ofrece la Resolución y otra su proyección en la actualidad.

#### A) La adquisición conjunta de marido y mujer.

Fue la reforma del Reglamento Hipotecario del año 1959 (Decreto de 17 de marzo de 1959) la que reguló y contempló las posibles formas de adquirir los bienes gananciales tanto por el marido, como por la mujer y las realizadas conjuntamente por ambos. Para estos supuestos el artículo 95, 1.º, del Reglamento Hipotecario estableció que «se inscribirán a nombre de ambos conjuntamente, *sin atribución de cuotas* y para la sociedad conyugal». ¿Era esa la razón por la que se niega la posibilidad de realizar la adquisición en la forma en que se realiza en el supuesto de hecho? Entiendo que es preciso distinguir estos puntos:

##### a) *Razones que podían impedir dicha adquisición*

El supuesto, como he apuntado hace unos instantes, no me parece muy lógico y si son ciertos los antecedentes de hecho de los que parto y resume la publicación de la Resolución, resulta que una finca urbana que pertenecía en carácter ganancial a unos cónyuges (primer supuesto) a una Compañía mercantil (segundo supuesto) y a un solo titular (tercer supuesto) se vende proindiviso a unos cónyuges que la adquieren con carácter ganancial. La finalidad de la venta *en conjunto* de una finca a dos personas simultáneamente puede generar la constitución de una comunidad por cuotas. Igualmente la venta de una cuota supone que el vendedor al reservarse las restantes hace surgir otra comunidad, pudiendo posteriormente seguir vendiendo cuotas. Habría que saber cómo estaba redactada la escritura, pues para que el supuesto fuese lógico habría que pensar que el vendedor o los vendedores enajenaban al marido una cuota y a la mujer otra, es decir, que cada uno adquiría una cuota en la finca total, lo cual iba a provocar que la cuota del marido se hacía ganancial y se compartía con la mujer, y la de la mujer se hacía ganancial y se compartía con el marido, llevándonos a la conclusión final que al ser las dos cuotas proindiviso gananciales, la finca total era de la misma condición. La figura es tremenda, pues puede tener ciertas repercusiones y trata de compatibilizar una comunidad romana creada por la enajenación con otra de tendencia germánica, que es la de la sociedad de gananciales. Ganas de complicar las cosas.

La Rica («Comentario a la reforma del Reglamento Hipotecario», Madrid, 1959) apuntaba la posibilidad de estas adquisiciones y las desplazaba del número 1.º del artículo 95 del Reglamento al número 2.º del mismo. Decía: «Caso muy distinto es el de que el título adquisitivo a favor de ambos cón-

yuges se atribuyan a éstos cuotas indivisas, por ejemplo, la tercera parte al marido y dos terceras partes a la mujer, o partes determinadas, divididas, de lo adquirido, verbigracia: una parcela o piso al marido y otra parcela u otro piso a la mujer, o incluso derechos diferentes sobre la misma cosa, como, por ejemplo, el usufructo al primero y la nuda propiedad a la segunda. En todas estas hipótesis, nos enfrentamos en realidad con adquisiciones individuales de los cónyuges, aunque ambos hayan comparecido en el instrumento notarial de adquisición, y aunque ambos hayan adquirido cuotas, porciones o derechos en la misma cosa. La adquisición no es conjunta ni indiferenciada: cada uno adquiere para sí un derecho concreto y delimitado. La inscripción ha de regirse no por la regla primera del artículo 95, sino por la regla segunda. En efecto: en tales casos, habrá de justificarse por cada cónyuge la procedencia privativa del precio o contraprestación y si esto no fuera posible, habrá cuando menos de aseverarse esta procedencia del precio de cada adquisición, que es el hecho del que parte el tema discutido por la Resolución comentada. Para estos casos, concluye dicho autor, «si no se especifica la aseveración de procedencia ni se justifica ésta, resulta incongruente y carece de toda efectividad para el intento de imprimir a los bienes adquiridos un carácter diferente al que en realidad tienen: gananciales».

Roca Sastre se rebela contra esta postura y dice que en el supuesto contemplado no tiene aplicación el artículo 54 del Reglamento Hipotecario que exige precisión de cuotas cuando se pretenda la inscripción de cuotas indivisas de una finca o derecho real, precisándose la parte ideal de cada condeño con datos matemáticos. Pero cuando la adquisición sea de tipo ganancial o presuntivamente ganancial, aunque configuradas como cuotas indivisas, la comunicación que el régimen ganancial imprime opera en relación a cada una de las cuotas adquiridas por el marido y la esposa indiferiadamente.

Sigue latente en este comentario la finalidad perseguida por la fórmula notarial, pues si no tenía, como parece, el transfondo de la aseveración de la procedencia del precio o de una prueba posterior del carácter privativo del mismo, no se comprende muy bien la razón instrumental. No quiero pensar, por supuesto, que eso fuera la voluntad inicial de los contratantes, pues de los hechos parece desprenderse que los mismos lo que querían era vender de una parte y comprar de otra una finca, sin más. Una aseveración simultánea de la procedencia del precio, una prueba simultánea del mismo o posterior a la enajenación, hubiesen provocado esa violación que doctrinalmente se ha mantenido de agrupar fincas propias del marido con gananciales o de la mujer, cosa que, como sabemos, superó ya la Ley de Concentración Parcelaria y actualmente la de Reforma y Desarrollo Agrario (artículo 195).

Creo que hay un desenfoque en la opinión sostenida por el Notario, casi seguida al pie de la letra por la Dirección, así como en la defensa de la nota que hace el Registrador. En el fondo el que va a tener razón en todo esto es Roca Sastre. Es verdad, como afirma el Notario y confirma la Dirección que se pueden ir vendiendo sucesivamente cuotas indivisas de una finca, incluso se pueden hipotecar cuotas partes de una finca, inmatricular (artículo

lo 278 del Reglamento Hipotecario), etc., pero no hay que olvidar que cuando todas las cuotas partes de la titularidad de una finca están en una sola mano, en este caso de la sociedad de gananciales, por su absorción en la presunción legal, la finca en su totalidad se inscribe a favor del que ha reunido por diversos títulos todas las cuotas. Reunir todas las cuotas en un solo acto me parece un procedimiento innecesario para lograr la finalidad que se hace vendiendo conjuntamente la finca a los dos esposos.

Entiendo que el Registrador al afirmar que los cónyuges al adquirir por mitad y proindiviso un inmueble alteran la sociedad de gananciales y se rigen por el sistema de separación de bienes, desenfoca el problema. Aquí, a mi entender, no hay separación de bienes, pues la adquisición de cada cuota atribuye carácter ganancial a la misma, lo cual lleva en último extremo a entender que desaparece la comunidad romana pretendida entre marido y mujer por su adquisición de cuotas, para dar paso a una comunidad germánica presuntiva e inscribible como tal por la totalidad de la titularidad que es conjunta para ambos cónyuges y comunicable en sus cuotas adquiridas. Vuelvo a insistir en el complicado rodeo notarial de la figura.

#### b) *Razones que permiten la misma*

De todo lo dicho anteriormente, pero sobre todo de lo que la Dirección General plasma en su Resolución, se deduce que no hay un obstáculo legal que impida la adquisición de ambos cónyuges por mitad, en común y proindiviso, sobre todo cuando a dichos actos de adquisición no se les da una trascendencia de mayor fondo, ya que ni se asevera ni se prueba la privatividad de una de las adquisiciones o de las dos.

La conclusión a la que se llega por la doctrina que emana de la Resolución es que es «irrelevante» a los efectos de la determinación de la naturaleza de los bienes o cuotas adquiridos las circunstancias de que los cónyuges adquieran para sí o para la comunidad, pues si no se prueba nada, ni se asevera nada, surge imperiosa la presunción ganancial, destruyendo esa pretendida comunidad romana de cuotas. Estimo que la solución no puede ser más correcta, aunque, vuelva a insistir, no comprendo cómo el Notario discurrió ese medio torcido, indirecto, difícil y lleno de complicaciones para otorgar el instrumento público. Sólo pensando en esta forma un tanto extraña de proceder para llegar a la misma conclusión es por lo que justificó el proceder del Registrador, que, sospechando fondos extraños, reaccionó defendiendo las purezas de una legalidad. Luego no había tal cosa y no merecía la pena haber discutido tanto. Deformar la voluntad de los contratantes es peligroso y conduce muchas veces a situaciones tan asépticas como la presente.

#### B) La situación actual.

Todo el despliegue de esfuerzos notariales para la construcción del supuesto desembocó en la admisión de una inscripción a favor de ambos cónyuges y para la sociedad de gananciales sin determinación de cuotas, conforme al párrafo 1º del artículo 95 del Reglamento. Ante esto cabe preguntarse, ¿cabía tanta complicación en el otorgamiento del documento para lograr ese pobre resultado? La situación, sin embargo, cambia con la reforma

llevada a cabo en el Código civil por la Ley de 13 de mayo de 1981, aunque subsistan los artículos 95 y 96 del Reglamento Hipotecario. ¿Con visión de futuro el Notario intentó anticiparse a esta reforma legislativa? Yo creo que no, lo hizo en esa constante contribución y aportación de fórmulas factibles para el logro de nuevos efectos, aunque sus resultados no fueron positivos.

Actualmente esa adquisición de cuotas proindiviso puede tener una trascendencia registral e incluso civil, ya que cuando los precios de adquisición sean parte ganancial y en parte privativa, corresponderá proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas (artículo 1.354 C. c.). A ello hay que añadir lo que dispone el artículo 1.339 del C. c., en el que se contempla el caso de una adquisición por donación en la que los bienes donados pueden pertenecer a ambos cónyuges en proindiviso ordinario y por partes iguales, salvo que el donante haya dispuesto otra cosa, aunque ello debe entenderse con la restricción de que la donación o la disposición testamentaria se haga «conjuntamente» y se acepte en igual forma, en cuyo caso los bienes son gananciales.

De todo ello se deduce una aplicación práctica a esas adquisiciones en proindiviso que facilitan la coexistencia de titularidades gananciales y privativas, que son la razón justificativa de la fórmula notarial que en el supuesto de hecho contemplado podría haber tenido esa finalidad. Que todo ello pueda tener o no inconvenientes en un futuro en orden a facultades dispositivas, liquidaciones, aportaciones, negocios de representaciones, etc., es cosa que está por ver y para sacar conclusiones de cuál de los sistemas era mejor si el anterior o el actual. Pronunciarse en un sentido o en otro no conduciría a nada, pues la norma resiste o declina cuando la realidad la acepta o la rechaza.

## II RESOLUCIONES

A cargo de ANTONIO PAU PEDRON  
Registrador de la Propiedad

### I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. ADJUDICACION DE EXPLOTACION FAMILIAR: Los bienes que fueron adjudicados por el Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario a título de concesión administrativa al adquirente en estado de casado, y cuya escritura de compraventa se otorgó a su favor una vez satisfecha la totalidad del precio por el concesionario, cuando éste se encontraba separado legalmente de su esposa, deben inscribirse como gananciales. (Resolución de 26 de octubre de 1981, «B. O. E.» de 28 de noviembre).

A) ANTECEDENTES DE HECHO: Por escritura otorgada el día dos de febrero de 1981, el IRYDA vendió a don Ramón F. M. un lote de fincas compuesto de una parcela de labor y una vivienda; en la escritura se hace constar que el comprador está separado legalmente de su esposa, circunstancia que se acredita mediante testimonio del auto judicial dictado el 18 de noviembre de 1978 en ejecución de la correspondiente sentencia canónica. A la anterior escritura se acompañó una instancia firmada por don Ramón F. M., por la que se solicitaba la calificación como bienes privativos del firmante de la finca y vivienda adquiridas al IRYDA. Presentados los documentos en el Registro, se suspendió la inscripción con el carácter de bienes privativos del marido de las fincas objeto de la escritura calificada, por el defecto subsanable de no acreditarse que el pago del precio se realizó exclusivamente con dinero privativo del marido.

Según certificación de la Jefatura Provincial del IRYDA —solicitada por el presidente de la Audiencia Territorial para mejor proveer—, la concesión fue hecha en régimen de tutela en el año 1962, siendo efectiva a partir de 1973.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Naturaleza de la concesión administrativa*.—Las tierras destinadas a constituir explotaciones familiares se adjudican por el IRYDA en concepto de concesión administrativa, según el artículo 29 del texto refundido de 1973, y al tener esta figura jurídica la naturaleza de un verdadero derecho real, habrá de ser calificada esta adquisición como privativa o ganancial, al igual que cualquier otro bien o derecho, con arreglo a las normas generales sobre la materia.

b) *Carácter de la adquisición*.—El título administrativo de la concesión de los lotes se originó durante la subsistencia de la sociedad de gananciales, con la consiguiente presunción del artículo 1.407 del Código civil, y todo ello

aunque los últimos pagos de cuotas de amortización tuvieran un evidente carácter privativo dada la separación judicial —lo que dará lugar a las compensaciones que correspondan entre las diferentes masas interesadas.

**2. ANOTACION DE EMBARGO Y CAMBIO DE REGIMEN ECONOMICO-MATRIMONIAL:** Inscrita en el Registro una finca con el carácter de privativa de la mujer, como consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales por haber pactado los esposos en escritura de capitulaciones matrimoniales el régimen de separación de bienes, no puede ser anotado un mandamiento de embargo sobre la mencionada finca por deudas contraídas durante la vigencia del régimen económico anterior, al haberse dirigido la demanda sólo contra el esposo y haberse notificado la existencia del procedimiento y embargo trabado a la esposa del demandado. (Resolución de 6 de noviembre de 1981, «B. O. E.» de 2 de diciembre).

**DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN:** a) *Importancia y consecuencias del principio de trato sucesivo.*—El principio de trato sucesivo, uno de los fundamentales en que aparece basado el sistema inmobiliario español, ordena a los Registradores, con carácter general, denegar la inscripción de aquellos títulos en los que resulte inscrito el derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o el gravamen.

b) *El principio de trato sucesivo impide la anotación ordenada.*—Al aparecer como única titular del dominio del bien la esposa del demandado, la aplicación de los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria, del 140, 1.<sup>o</sup>, del Reglamento para su ejecución, así como del 144, 2.<sup>o</sup>, que responde a una situación similar a la aquí planteada —sociedad de gananciales disuelta—, impiden la anotación del mandamiento en tanto no sea demandada la actual titular.

**NOTA.**—La misma doctrina se expresa en la Resolución de 6 de noviembre de 1981; en la de 19 de noviembre de 1981 —recaída en un supuesto semejante, y en virtud de un recurso interpuesto por la misma Sociedad que recurrió en los dos casos anteriormente citados contra notas de calificación de tenor semejante— la Dirección se limita a calificar el defecto de *insubsanable*, sin entrar en el fondo del asunto por haber tenido lugar un desistimiento tácito del recurso al haberse rectificado el defecto —ampliando la demanda inicial al titular registral— sin esperar a la resolución de aquél.

**3. CAPACIDAD DE OTORGANTE EXTRANJERO:** Si el Notario asevera la capacidad del otorgante extranjero por conocimiento directo de su Derecho nacional, no es necesario acudir a otros medios para acreditar tal extremo, a efectos de inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad (Resolución de 14 de diciembre de 1981, «B. O. E.» de 7 de enero de 1982.)

**DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN:** *Facultades del Registrador en la calificación de la capacidad del otorgante extranjero.*—La conducta del Registrador en esta materia no es puramente pasiva, pues de la lectura del vigente artículo 36 del Reglamento se deduce: a) Que si el Notario o Cónsul español no

asevera por falta de conocimiento directo la capacidad del otorgante, puede el Registrador prescindir de cualquier medio si conoce suficientemente la legislación extranjera y lo hace constar en el asiento correspondiente; b) Mientras que si no la conoce puede acudir, a falta de juicio de capacidad por el fedatario, a los restantes medios que señala el artículo 36 y especialmente a la aseveración o informe del Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable; y c) en caso de discrepancia con el juicio de capacidad emitido por los funcionarios indicados, manifestar el punto concreto de su disentimiento, al igual que sucede en el ámbito del Derecho interno español.

4. CALIFICACION DE LA COMPETENCIA DEL JUZGADO O TRIBUNAL: El Registrador no sólo tiene la facultad, sino también la obligación de calificar la competencia del Juzgado o Tribunal que ordene la práctica del asiento, pero teniendo en cuenta los supuestos en donde cabe la sumisión de las partes a un determinado Juzgado, bien expresa, bien tácitamente. (Resolución de 31 de diciembre de 1981, «B. O. E.» de 3 de febrero de 1982.)

A) ANTECEDENTES DE HECHO. En procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecario, el Juzgado de Primera Instancia de Reus dictó auto el día 7 de julio de 1980 aprobando el remate a favor de don Agustín J. D. y ordenando la cancelación de la hipoteca y de todas las inscripciones posteriores. Las fincas a que se refería el procedimiento estaban situadas en el término municipal de La Fatarella, adscrito al partido judicial de Tortosa. Presentado testimonio del auto, el Registrador expresó en la nota el defecto insubsanable de «no ser competente para conocer el procedimiento el Juzgado de Reus, sino el de Tortosa», además del defecto subsanable de no haberse expedido el mandamiento por duplicado.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Calificación de la competencia judicial*.—Al examinar la competencia del Juzgado cabe distinguir entre aquellos supuestos: 1.º, apreciables de oficio por el Juez, por estar basados en motivos de orden público —artículo 74 de la LEC—, y 2.º, aquellos otros supuestos de carácter dispositivo, basados en motivos de orden privado, en donde cabe la sumisión de las partes a un determinado Juzgado, bien expresa, bien tácitamente. Así como en los casos del supuesto primero puede el Registrador no admitir el mandato, si aprecia la existencia de incompetencia por parte del Juez o Tribunal que lo ordenó, en el segundo de los supuestos no cabe la misma solución.

b) *Juzgado competente en el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*.—El artículo 131 de la Ley Hipotecaria, regla primera, ha de ser interpretado entendiendo que al no estar prohibida la sumisión tácita por dicho precepto, cabe su admisión.

5. CAPITULACIONES MATRIMONIALES: Es inscribible una escritura de capitulaciones matrimoniales en la que los cónyuges —siendo uno de nacionalidad española y el otro de nacionalidad extranjera— disuelven y liquidan la so-

ciudad legal de gananciales y se adjudican los bienes de la misma, a la vez que pactan para el futuro el régimen de separación. (Resolución de 7 de diciembre de 1981, «B. O. E.» de 4 de enero de 1982.)

**A) ANTECEDENTES DE HECHO:** Por escritura autorizada el día 29 de agosto de 1980, los esposos don Juan C. A., súbdito venezolano por nacionalización desde el 29 de agosto de 1978, y doña Eulalia de la C. L., española, procedieron al otorgamiento de capitulaciones matrimoniales; según resulta de la referida escritura, los comparecientes habían contraído matrimonio el día 24 de abril de 1942, en España, y siendo ambos de nacionalidad española. Presentada copia en el Registro, fue denegada la inscripción por impedir la legislación venezolana el otorgamiento de capitulaciones modificativas durante el matrimonio.

**B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN:** a) *Interpretación del artículo 9, apartado 3.º, del Código civil a la luz del nuevo artículo 1.320.*—Al modificarse el Código civil por la Ley de 2 de mayo de 1975 y sustituir en el artículo 1.320 el principio de inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales por el de la posibilidad de su alteración, incide en la interpretación que ha de hacerse del artículo 9, 3.º, también reformado poco antes por la Ley de 1973.

b) *Requisito para la admisibilidad de las capitulaciones.*—El artículo 9, 3.º, del Código civil, en su primera parte, prevé la norma de conflicto para las relaciones patrimoniales en el caso de que la nacionalidad de los esposos sea diferente, e indica que si cualquiera de las leyes nacionales de uno de los cónyuges lo permite, se puede pactar entre ellos las correspondientes capitulaciones matrimoniales y sólo en defecto de pacto se regirán estas relaciones patrimoniales por la misma Ley que las relaciones personales.

**6. COMPRAVENTA DE PLAZA DE GARAJE ARRENDADA:** El arrendamiento de una edificación aislada destinada a cochera para la guarda del vehículo propio del arrendatario está excluida de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y por tanto no es exigible, en la venta de aquélla, la notificación del artículo 55. (Resolución de 5 de octubre de 1981, «B. O. E.» del 21).

**DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN:** a) *Doble finalidad de la LAU.*—La finalidad fundamental de la Ley Especial de Arrendamientos Urbanos es la de proteger el hogar familiar —caso de arrendamiento de viviendas— o la de garantizar el desenvolvimiento de un patrimonio mercantil —caso de arrendamiento de locales de negocio.

b) *Interpretación finalista de la LAU.*—El propósito legislativo de extender su previsión protectora a los edificios o locales arrendados como almacenes o depósitos (artículo 5, núm. 2) tiene su fundamento en estar relacionados con el patrimonio mercantil, y constituir parte de su dinámica, aunque no se ejerza en ellos actividades de industria o comercio; pero solamente con este sentido finalista ha de interpretarse la LAU, y en conse-

cuencia hay que entender excluidos de esta legislación el arrendamiento de aquellos locales ajenos a toda actividad industrial o comercial.

c) *Distinción entre local arrendado para garaje y local arrendado para negocio de garaje.*—La guarda de un coche propio en el local arrendado es totalmente extraña al sentido finalista pretendido por la Ley especial —a diferencia de lo que sería el arrendamiento de un local para que el arrendatario lo explotara como negocio de garaje—, por lo que ha de regirse por la normativa del Código civil.

NOTA.—Se ha discutido largamente en la doctrina si el arrendamiento de local para garaje está sometido a la normativa de la L.A.U. o excluido de su ámbito. Hay que partir de la distinción inicial que hace Rodríguez-Solano: si se trata de arrendamiento de local destinado a garaje *accesorio* al arrendamiento de una vivienda o local de negocio, el contrato deberá someterse a las disposiciones que regulan el arriendo principal, «porque no podrá romperse la unidad contractual, y mucho menos en perjuicio del arrendatario»; si se trata de arrendamiento aislado de local para garaje, Fuentes distingue entre *arrendamiento de industria de garaje* (que cae fuera del ámbito de la L.A.U. y se somete a las normas comunes), y *arrendamiento de local de negocio* de los comprendidos en el apartado 2.<sup>o</sup>, número 2.<sup>o</sup> del artículo 5 L.A.U. *con la finalidad de guarda de vehículos*, finalidad que —según el auto citado— puede consistir en la «la industria o el negocio del arrendatario» o «la guarda de un vehículo particular, que no se dedique al servicio público».

En un sentido más conforme con la resolución anotada, Rodríguez-Solano distingue —entre otros términos de una exhaustiva clasificación— entre *arrendamiento de local para el ejercicio de la industria de garaje*, que quedaría sometido a las normas de la L.A.U. y *arrendamiento para garaje particular*, que, por no entrar en juego el interés y el orden público que trata de salvaguardar la ley especial, está sujeto al Derecho común.

El Tribunal Supremo ha mantenido una línea doctrinal clara: en Sentencia de 3 de febrero de 1954 declara que si el arrendamiento de garaje se realiza «tan sólo para que el arrendatario pueda guardar en el mismo sus propios vehículos», no cabe hablar de local de negocio ni de depósito o almacén, y el contrato se someterá a la regulación del Código; la de 5 de octubre de 1956 incluye en el ámbito de la L.A.U. el contrato en que el arrendatario «usa el garaje como elemento de su negocio mercantil». En este mismo sentido, véanse las Sentencias de 29 de octubre de 1960, 19 de abril de 1961 y 13 de diciembre de 1966. Suele considerarse que quiebra la uniformidad de criterio mantenida en este punto por el Tribunal Supremo la Sentencia de 9 de octubre de 1952, en la que el Tribunal Supremo manifestó que los garajes se engloban en el concepto de depósito; pero téngase en cuenta que en aquella hipótesis el vehículo particular guardado en el garaje era un taxi, y por tanto, aunque en el local no se realizase directamente la industria, estaba estrechamente vinculado con ella.

7. COMUNIDAD DE PROPIETARIOS: No puede inscribirse un piso a nombre de la Comunidad de Propietarios, por carecer ésta de personalidad jurídica independiente, y por tanto no puede aquél figurar en el Registro con un folio propio, un número propio, una cuota de participación propia. (Resolución de 1 de septiembre de 1981, «B.O.E.» de 7 de octubre.)

A) ANTECEDENTES DE HECHO: Don Francisco M. I., en nombre y representación de la compañía mercantil «Promarsa», vendió a don Robert H. K., en

nombre y representación y como Presidente de la Comunidad de Propietarios del grupo de apartamentos «El Pino», un piso que forma parte de este grupo de apartamentos; en la escritura pública se especificaba el destino del piso: vivienda para portero, y su naturaleza: elemento común de los restantes pisos, apartamentos y garajes, y se procedía a describir de nuevo el inmueble en su conjunto, dando nueva numeración a pisos y garajes y a determinar nuevas cuotas de participación en el valor total del inmueble. Presentada copia en el Registro, fue denegada su inscripción, por no ser la Comunidad de Propietarios una persona jurídica, y consiguientemente, no poder ser titular del derecho de propiedad.

B) **DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN:** a) *Distinción entre derecho exclusivo de propiedad y copropiedad anexa.*—La Ley de Propiedad Horizontal distingue en su artículo 2.<sup>º</sup> entre el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre los pisos o locales, y la copropiedad anexa e inseparable que sobre los elementos comunes del edificio se tiene con los restantes condueños, y sobre esta base la legislación hipotecaria ha desarrollado la forma de tener acceso al Registro de la Propiedad este tipo de propiedad.

b) *Distinción entre elementos comunes esenciales y elementos de finalidad comunitaria.*—Dentro de esta copropiedad inseparable se encuentran unos elementos comunes esenciales que constituyen el soporte de la propiedad individual del piso o local, y otros que cumplen una finalidad comunitaria al estar al servicio de todos los propietarios individuales en su aprovechamiento y utilización, y estos últimos debido precisamente a este carácter contingente o mudable de su destino pueden —a través del correspondiente acto especial de desafectación— dejar de formar parte de esta copropiedad. De la misma manera, en sentido inverso, cualquier elemento privativo puede ser transformado en elemento común, mediante el obligado acto de afectación.

c) *Transformación de elemento privativo en elemento común.*—En los supuestos de transformación de un elemento privativo en elemento común, la rectificación del título constitutivo habrá de conllevar además la redistribución de cuotas entre el número de copropietarios, que habrá disminuido en una unidad.

NOTA.—El discutido problema de la personalidad jurídica de la Junta de propietarios —que alguna legislación extranjera, como la francesa, ha resuelto con un reconocimiento expreso y una regulación detallada— se ha suscitado en diversas resoluciones de la Dirección General.

El Centro Directivo, en Resolución de 5 de mayo de 1970, sentó la doctrina de que era inscribible la escritura de venta de la vivienda portería de una casa en régimen de propiedad horizontal, otorgada por el presidente de la Comunidad autorizado en Junta General en la que —por unanimidad— se acordó previamente la desvinculación y venta del citado local. Tirso Carretero García (R. C. D. I., año 1970) vio en ello «un decidido paso hacia el reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades de propietarios», aunque Fuentes Lojo («Suma...», pág. 1650) afirmó que tal resolución no suponía ningún paso a favor ni en contra de dar a la Junta de

propietarios una personalidad jurídica, sino que se limitaba exclusivamente a destacar el ámbito de las facultades que el artículo 13 de la Ley confiere a la Junta.

La resolución de 15 de junio de 1973 admitió que la Junta de propietarios pudiera, en virtud de acuerdo unánime de sus propietarios, desafectar la portería como elemento común del inmueble y proceder a su enajenación, para que como vivienda separada e independiente se inscribiera en los libros registrales con la correspondiente cuota de participación. El fundamento de la decisión reside en la interpretación de los artículos 12, 13 y 16 de la L. P. H., que —según el Centro Directivo— «entrañan la concesión a la Junta de unas facultades que exceden de las meramente administrativas, ya que pueden suponer auténticos actos de disposición». En el considerando cuarto se plantea la cuestión de la personalidad jurídica de la Junta, que la Dirección resuelve —sin precisar excesivamente— en sentido negativo, afirmación que «sin haber llegado nuestra legislación a atribuir personalidad jurídica independiente de la de los copropietarios a la mencionada Junta, no cabe duda de que la L.P.H. ha superado el clásico concepto de la copropiedad romana o por cuotas...». Tirso Carretero (R. C. D. I., núm. 498, año 1973) interpreta, sin embargo, esta afirmación jurisprudencial como un intento de «evolucionar la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal hacia la persona jurídica para ampliar las facultades de la Junta», y reitera su opinión favorable a que, *de iure condendo*, se acerque el régimen de la Junta al de una persona jurídica con capacidad limitada por su propio fin.

En la resolución anotada, la Dirección General niega que la finca adquirida por la Junta para ser destinada a vivienda del portero pueda ser inscrita como finca independiente, basando su decisión en un abierto reconocimiento de que la normativa vigente no atribuye al mencionado órgano personalidad jurídica independiente de la de los miembros que la integran.

8. ENAJENACION DE BIENES MUNICIPALES.—Es inscribible la escritura en que el Municipio vende una finca al Estado para su patrimonio «sin sujeción a condición alguna y sin obligarse a destinarla a un fin determinado», a pesar de que la Resolución de la Dirección General de Administración Local autorizando la venta, y la Orden del Ministerio de Hacienda autorizando la compra, expresaron la finalidad de destinarla a cuartel de la Policía Armada. (Resolución de 25 de junio de 1981, «B. O. E.» de 29 de julio.)

A) ANTECEDENTES DE HECHO.—El Ayuntamiento de Linares acordó enajenar una finca de su propiedad al Ministerio del Interior. La Dirección General de Administración Local autorizó al Ayuntamiento para que procediese a la venta de esta finca a favor del Estado (Ministerio del Interior), a los fines de destinarla a la instalación de las Fuerzas de Reserva General de la Policía Armada, y el Ministerio de Hacienda autorizó la adquisición directa de dicha finca para ser destinada al indicado fin. El Ayuntamiento de Linares otorgó escritura de compraventa a favor del Estado, consignándose en ella que «El Estado incorpora el inmueble adquirido a su patrimonio, sin sujeción a condición alguna, pudiendo disponer libremente del mismo y sin obligarse a destinarlo a un fin determinado, pudiendo en consecuencia variar aquél para el que fue adquirido, retenerlo o enajenarlo». El Registrador denegó la inscripción por extralimitación en sus facultades por parte de los otorgantes, al no respetar el destino expresado en las autorizaciones administrativas.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Naturaleza de la finalidad o móvil.*—En ninguno de los antecedentes se vislumbra que la finalidad de destinar el inmueble a albergue de una Compañía de la Policía Armada haya de elevarse a requisito esencial del contrato o sujetarse en su caso a condición resolutoria expresa, por lo que no puede apreciarse en principio que haya habido una extralimitación de facultades por parte de los comparecientes.

b) *Registrabilidad de la finalidad o móvil.*—Es constante doctrina de la Dirección General, con base en nuestra actual legislación hipotecaria, la de no permitir el acceso al Registro de todos aquellos derechos o pactos que carecen de trascendencia real o que no estén asegurados con una garantía de esta naturaleza, por lo que mucho menos habrá de tenerse en cuenta cuando el móvil o fin ni siquiera ha originado entre las partes un pacto de carácter obligacional.

c) *Mutabilidad del destino de los bienes patrimoniales.*—La cláusula discutida no es más que una redundancia de la facultad reconocida al Estado de poder mudar el destino de los bienes de su propiedad, que aparece sancionada en los artículos 114 y siguientes de la Ley de Patrimonio del Estado y 225 y 226 de su Reglamento.

9. EXCESO DE CABIDA.—Para la inscripción de un exceso de cabida al amparo del apartado b) del número 5 del artículo 298 del Reglamento hipotecario no cabe exigir que el transmitente acredite la previa adquisición de la finca mediante documento fehaciente anterior en un año o mediante justificación de hallarse catastrada o amillarada a su nombre, ya que estos requisitos son exigibles únicamente en el supuesto del apartado c) del mismo párrafo 5.º, pero no en los otros casos, que mantienen cada uno su regulación específica. (Resolución de 12 de febrero de 1981, «B. O. E.» de 2 de marzo.)

NOTA.—Por falta de la debida rectificación en la escritura pública de la discordancia existente en el Registro en cuanto a la expresión de la extensión superficial de la finca entre las medidas del país y el sistema métrico decimal, se produce una desviación del problema: de una rectificación de datos objetivos, equivocados por un simple error de cálculo, se pasa a una inmatriculación de exceso de cabida superior a la quinta parte. Solicitado para mejor proveer, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 124 del Reglamento hipotecario, un informe sobre la equivalencia de medidas al Servicio de Extensión Agraria, la Dirección pudo encauzar el problema en sus verdaderos términos, ordenando la rectificación del dato equivocado y la inscripción del pequeño exceso de cabida —inferior a la quinta parte— por el procedimiento del número 5, D) del artículo 298.

10. HIPOTECA; FACULTADES PARA SU CONSTITUCIÓN Y DETERMINACIÓN DE LA DEUDA.—1.º Puede inscribirse una escritura de constitución de hipoteca, presentada en el Registro y pendiente de calificación el día en que tiene acceso a dicha oficina un mandamiento judicial en base a una resolución todavía no firme que ordena se practique la anotación de la declaración de quiebra del hipotecante con retroacción provisional de sus efectos a una fecha anterior a la del otorgamiento de la escritura.

2.º El Consejero-Delegado de una Sociedad dedicada a la adquisición de terrenos y construcción de edificios para explotarlos en forma de arriendo no puede constituir hipoteca sobre una finca propiedad de la Sociedad hipotecante en garantía de una deuda ajena, sin el previo acuerdo de la Junta, por quedar fuera del objeto social.

3.º Si la hipoteca garantiza una deuda determinada en moneda extranjera, el total importe de que responde la finca hipotecada debe quedar suficientemente determinado en moneda nacional al practicarse la inscripción. (Resolución de 2 de octubre de 1981, «B. O. E.» del 20.)

DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Calificación conjunta*.—Es doctrina reiterada de la Dirección General que una rígida aplicación del principio de prioridad no puede impedir la facultad y el deber de los Registradores de examinar los documentos pendientes de despacho relativos a la misma finca o que afecten a su titular, aunque hayan sido presentados con posterioridad, para así evitar la práctica de inscripciones en que por haber sido declarado judicialmente el título nulo o por cualquier otra causa resulta ineficaz, haya de procederse a su inmediata cancelación al despachar el título subsiguiente presentado con posterioridad.

b) *Importancia de la firmeza o falta de firmeza de la resolución judicial*.—En el presente caso resalta el que el mandamiento que ordena la práctica de la anotación de quiebra del hipotecante —título posterior todavía no despachado— señala la falta de firmeza de la resolución judicial que lo motiva, circunstancia ésta de relevante importancia y que ha de ser tenida en cuenta al realizar la calificación del título anterior de hipoteca, ya que el carácter provisional que tendría esta posterior anotación hasta tanto quedara confirmada o revocada la declaración de quiebra en la correspondiente resolución judicial firme, obliga a que se despache e inscriba el primer título.

c) *Necesidad de resolución judicial firme para que pueda cancelarse una inscripción*.—Si para poder cancelar un asiento de inscripción se requiere, de acuerdo con el artículo 82 de la Ley y 174 de su Reglamento, que la resolución judicial que lo ordene sea firme, idéntico criterio habrá de seguirse para poder denegar la inscripción del título presentado, cuya validez no está afectada todavía por una resolución judicial firme.

d) *El objeto social, materia en que entran en conflicto la seguridad del tráfico y el interés social*.—La materia del objeto social presenta una notable complejidad, ya que ha de tratar de cohonestar el principio de seguridad del tráfico y la consiguiente protección al tercero de buena fe, con el también principio de defensa del interés social y del interés del socio singular, y cuando la salvaguarda plena de ambos principios no es posible, se observa en el Derecho comparado la tendencia a adoptar el sistema germánico que da primacía a la protección del tercero y a la seguridad en el tráfico.

e) *Doctrina jurisprudencial sobre el objeto social.*—La abundante jurisprudencia sobre el objeto social puede resumirse en la siguiente doctrina: a) el objeto social ha de estar determinado, pero esta determinación no limita la capacidad de la Sociedad, sino las facultades representativas de los Administradores; b) la ineeficacia frente a terceros de cualquier limitación en dichas facultades, siempre que se trate de asuntos o actos comprendidos dentro de dicho objeto social; c) los supuestos que integran ese contenido mínimo de facultades pueden ser ampliados por las propias Sociedades a otros actos, al autorizar al órgano administrativo su realización, ya sea en los propios Estatutos, ya sea por acuerdo del órgano competente para un determinado acto concreto.

f) *Actos extraños al objeto social y actos neutros.*—Si bien en el caso en que los actos realizados por los Administradores están claramente incluidos dentro del giro tráfico de la Empresa, aparece facilitada la calificación registral, la cuestión ofrece serias dificultades cuando se trata de un acto más que extraño al objeto social, de aquellos que la doctrina denomina actos neutros, en donde normalmente no es factible establecer a priori si un determinado acto es o no instrumento idóneo para el cumplimiento de la actividad por la que se alcanza el objeto social.

g) *Valor de la enumeración estatutaria de actos.*—La enumeración de actos que pueden llevar a cabo los Administradores, hecha en Estatutos, no puede ser tenida en cuenta de una manera absoluta por el Registrador, sino como un indicio o factor más a tener presente en la calificación, ya que por anticipado es imposible prevenir en unos Estatutos todos los actos que pueden ser necesarios para el logro del objeto social; por ello, y teniendo en cuenta además —artículo 3, 1.º del Código civil— que las normas se han de interpretar con arreglo a la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas, y que esta realidad nos muestra una universal tendencia a proteger el tráfico mercantil, hay que concluir que, salvo que el acto sea claramente contrario al objeto social, habrá en principio de procederse a su inscripción.

h) *Distinción entre importe de la deuda e importe de la responsabilidad.* Si bien en la obligación que se asegura —el préstamo— cabe determinar el importe de la deuda en moneda extranjera, en la garantía establecida —la hipoteca— por exigencia del principio de especialidad, la debida precisión y claridad en los asientos, así como para la seguridad del tercero al que es fundamental el conocer a través de los libros del Registro el total importe de que responde la finca hipotecada, se hace preciso que este último aparezca suficientemente determinado en moneda nacional al practicarse la inscripción de la hipoteca.

## 11. HIPOTECA CAMBIARIA.

1.º *Medios de identificación.*—Los medios supletorios de identificación de las partes establecidos por el artículo 23 de la Ley del Notariado son aplicables tanto a las personas físicas como a las jurídicas.

2.º *Vencimiento anticipado.*—El pacto de vencimiento anticipado de la hipoteca cambiaria por impago de una letra es válido siempre que tenga lugar la ejecución hipotecaria por la totalidad de las cambiales emitidas, y no quepa ejecutar una cambial aislada.

3.º *Renovación de letras.*—Para que la hipoteca se extienda a las letras renovadas ha de otorgarse una nueva escritura que deberá inscribirse en el Registro. (Resolución de 23 de octubre de 1981, «B. O. E.» de 18 de noviembre.)

DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Trascendencia de la fe de conocimiento.*—La fe de conocimiento es el acto más trascendental de todos cuantos emite el Notario, por ser el presupuesto básico para la eficacia del instrumento público, al quedar fijada con absoluta certeza la identidad de los sujetos que intervienen.

b) *Aplicación de los medios supletorios de identificación a las personas jurídicas.*—No resulta del artículo 23 de la Ley del Notariado —al permitir al fedatario dar fe de que conoce a una sola de las partes y que ésta actúe, a su vez, como testigo de conocimiento de las otras— discriminación alguna entre personas físicas y jurídicas, en el sentido de que a estas últimas no serían de aplicación los medios supletorios de dicho artículo, pues aparte de que tal distinción no se contiene en el texto legal, es tanto a los compa-recipientes que actúan en nombre propio, como a los que actúan en nombre de la parte contratante, a quienes se refiere el artículo 23 de la Ley con la designación genérica de partes.

c) *Vencimiento de la hipoteca por falta de pago de una de las letras.*—Así como en la hipoteca ordinaria se ha entendido que es válido, al amparo del artículo 1.255 del Código civil, el pacto por el que se anticipa el vencimiento de la hipoteca ante la falta de pago de uno de los plazos por el deudor, cuando este pacto se pretende encuadrarlo dentro de una hipoteca cambiaria, se plantea la validez de un pacto de tal naturaleza, dado el carácter imperativo que tienen las normas de Derecho cambiario, entre las que destaca el artículo 488 del Código de comercio, y porque, sobre todo, al tener cada letra una vida independiente, y poder ser o no endosable, puede dar lugar a la existencia de distintos tenedores, y que éstos puedan ignorar que, por falta de pago de una letra de vencimiento anterior, la hipoteca había quedado vencida.

d) *Modalización del pacto de vencimiento anticipado.*—No obstante lo anterior, cuando el pacto de vencimiento anticipado aparece modalizado en el sentido de que si al tener lugar la ejecución hipotecaria por la totalidad de las cambiales emitidas no cabe que a la vez se pueda ejecutar una cambial aislada, desaparecen las objeciones derivadas del Derecho cambiario, dado que al interponerse la demanda, además de los documentos exigidos en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, pueden presentarse por el tenedor-

acreedor hipotecario todas las cambiales cuyo cobro ha sido garantizado y son de vencimiento posterior a la que ha resultado impagada.

e) *Renovación de letras.*—La cláusula escrituraria en que se prevé la posibilidad de renovación de alguna de las letras es de indudable interés y trascendencia por suponer una excepción al vencimiento anticipado, y de ahí que dada su finalidad de completar dicho pacto deba tener acceso a los libros registrales. Pero es indudable la necesidad de otorgamiento de nuevo documento público para extender la hipoteca a las nuevas letras que sustituyen a las anteriormente garantizadas.

12. OBRA NUEVA; LICENCIA MUNICIPAL.—Es inscribible una escritura de declaración de obra nueva de una casa integrada por dos viviendas sobre una finca rústica en la que no se acredita al Registrador con el oportuno documento municipal que tal finca tiene la condición de solar o de suelo urbano denso, únicos en los que, a juicio del mencionado funcionario, se pueden efectuar construcciones de viviendas unifamiliares, conforme a las normas subsidiarias vigentes en el término municipal a que la finca pertenece. (Resolución de 16 de noviembre de 1981, «B. O. E.» del 2 de diciembre.)

DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Ejercicio de las facultades dominicales en la propiedad urbana.*—El artículo 76 de la Ley del Suelo establece que en el ejercicio de las facultades dominicales el propietario habrá de acomodarse a lo ordenado en esta Ley, teniendo en cuenta siempre la clasificación urbanística de los terrenos, que en el caso de este recurso al no existir un plan general municipal, es de suelo urbano y suelo no urbanizable (art. 81), si bien puede existir también, conforme a las normas subsidiarias, suelo urbanizable al que la Ley denomina «zonas en las que puede urbanizarse» (art. 71, 4.<sup>º</sup> c), y el Reglamento de Planeamiento llama «áreas aptas para la urbanización» o incluso suelo urbanizable (art. 91, b).

b) *Aplicación de las normas urbanísticas.*—Las normas de ordenación urbana, tanto si se entienden que constituyen el contenido normal de la propiedad urbana, como si se estiman simples limitaciones legales del dominio, es lo cierto que, en todo caso, se han de aplicar por definición solamente a la propiedad urbana, o sea, al suelo calificado de urbano o de urbanizable programado, pero no al suelo calificado de urbanizable no programado o de no urbanizable que tiene un uso agrícola, forestal o ganadero.

c) *Régimen del suelo urbanizable no programado y no urbanizable.*—En cuanto al suelo urbanizable no programado y al no urbanizable, la Ley dispone un régimen de edificación en sus artículos 85 y 86, que los planes generales municipales o las normas subsidiarias no pueden alterar o derogar, y por eso, unas y otras no tienen más competencia que la de delimitar tales clases de suelo para excluirlos del proceso urbanizador.

La declaración de obra nueva en suelo no urbanizable (rústico) plantea dos cuestiones: a) la de si el Notario ha de apreciar si han concurrido o

no los requisitos que señala el artículo 85 de la Ley; b) la de si es necesario acreditar la existencia de licencia municipal que autorice la edificación concreta de que se trate.

a) En cuanto a la primera cuestión, el Notario puede apreciar, por la misma descripción que se haga en la escritura, que el edificio merece la consideración de vivienda familiar, lo que no impide que tenga varias viviendas si son en corto número y se destinan al uso de quienes atiendan la finca rústica, pero que excluye aquellos edificios que tengan un gran número de pisos y viviendas o locales comerciales o de usos propios de las construcciones urbanas; igualmente puede apreciar la calificación que mereza el terreno de urbanizable no programado o de no urbanizable, bien porque resulte de la descripción de la finca, claramente agrícola, forestal o ganadera, bien de su situación, bien porque sea pública esa condición, sin que en tales casos resulte necesaria la certificación municipal de la calificación urbanística.

b) En cuanto a la segunda cuestión, el artículo 178 de la Ley indica la necesidad de previa licencia de los actos de edificación y uso del suelo, tales como las obras de nueva planta, mientras que en los artículos 184 y 85 se previene la forma de actuar la Administración a través de los órganos competentes que la propia Ley —entre los que no figuran, como es natural, Notarios y Registradores— señala para corregir las posibles infracciones urbanísticas.

d) *Vigilancia del cumplimiento de las normas de edificación.*—Al ser competencia exclusiva de las autoridades municipales y urbanísticas el velar por el cumplimiento de las normas de edificación, no corresponde al Notario al autorizar las escrituras de declaración de obra nueva, ni tampoco al Registrador al ejercitar su función calificadora, el entrar en el examen de esta materia, ya que la posible infracción urbanística se produce no por el hecho de otorgarse la declaración de obra, sino porque la construcción no se adaptó a lo ordenado en el planeamiento.

e) *La inscripción registral no obstaculiza la actuación sancionadora.*—La naturaleza de limitaciones legales que tienen las disposiciones sobre ordenación urbana contenidas en la Ley del Suelo y en los planes origina que la inscripción en el Registro de la obra nueva no perjudique y obstruya la posible actuación sancionadora de la infracción urbanística.

f) *Requisitos para la registración de la obra nueva.*—En los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 308 de su Reglamento se contienen los requisitos para que la obra nueva ingrese en los libros registrales, sin que tales preceptos exijan que se acredite la concesión de la licencia municipal para que pueda practicarse la inscripción, y en el mismo sentido se manifiesta la propia Ley del Suelo, que en ninguno de sus preceptos impone esta obligación a Notarios y Registradores, a diferencia de lo que sucede cuando ha querido imponerla, como en el caso de las parcelaciones.

### 13. PACTO DE TRASCENDENCIA REAL.

1.º *Pacto de trascendencia real.*—El pacto por el que los condueños en proindivisión acuerdan para el futuro la forma de practicar la división de la cosa común, tiene naturaleza real.

2.º *Aprobación por la Junta.*—La aprobación por la Junta de Propietarios—exigida por el artículo 8 LPH para la eficacia de la división—ha de recaer en el momento de convenir la división, y no en el momento de convenir para el futuro la forma de practicar la división. (Resolución de 1 de abril de 1981, «B.O.E.» de 16 de mayo.)

A) **ANTECEDENTES DE HECHO.**—Por escritura de 12 de julio de 1979, se vendió a diversas personas una finca urbana, adquiriéndola éstas por cuotas, y conteniendo el «pacto sobre el modo de proceder a la división» consistente en que los compradores establecían que el ejercicio de la acción de división de cosa común se resolverá necesariamente en división material de la finca, y no por ningún otro procedimiento de disolución de comunidad, determinando a continuación reglas concretas para practicar tal división. El Registrador denegó la inscripción del modo de proceder a la división material por no ser inscribible de conformidad con el artículo 9 del Reglamento Hipotecario y no ajustarse tal pacto a lo preceptuado en los artículos 8 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal.

B) **DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN:** a) *Criterio legal de «numerus appertus».*—Nuestro sistema inmobiliario está basado, según establece el artículo 2º de la Ley Hipotecaria, exclusivamente en la inscripción de los títulos que contengan derechos de naturaleza real, si bien no prima un criterio de «numerus clausus», tal como se desprende del artículo 7º del Reglamento Hipotecario.

b) *Cautela para determinar la naturaleza de cada pacto concreto.*—Este criterio de «numerus appertus» adoptado por nuestra legislación obliga al Registrador, en una misión ciertamente no sencilla, al estudio en cada caso concreto del acto o pacto que se pretende inscribir, al objeto de examinar si se dan o no los caracteres típicos del derecho real, es decir, la absolutividad y la inmediatividad, que determinaría su acceso a los libros registrales.

c) *Naturaleza real del pacto discutido.*—El pacto discutido ofrece una naturaleza real en cuanto que: a) sujeto activo de la titularidad real lo es cada condueño, en tanto que sujetos pasivos son los restantes copropietarios que lo sean al tiempo de realizarse la disolución de la comunidad; b) el derecho a que la división material se lleve a cabo en la forma pactada recae directamente sobre la finca; c) produce una mutación jurídico-real inmobiliaria al modalizar el alcance de la cuota y excluir los procedimientos de disolución de comunidad, a excepción del pactado.

d) *Necesidad de distinguir las relaciones de los copropietarios entre sí, y las relaciones de los copropietarios con los restantes propietarios del edificio.*—No será precisa la aprobación por la Junta cuando los mismos condueños del local se limiten a regular las relaciones internas entre ellos sin crear nuevas entidades hipotecarias por seguir subsistiendo inalterada la ya existente, así como la cuota de participación que se le atribuyó en el título constitutivo, y continuar asistiendo a la Junta a través de un único representante común.

e) *Forma de inscripción.*—El mencionado pacto abrá de inscribirse tan sólo en la hoja registral de la finca afectada, sin trascender a la hoja del edificio en su conjunto ni provocar la apertura de nuevos folios.

**14. PROCEDIMIENTO DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA.**—Es necesario realizar la notificación prevenida en la regla 5.<sup>a</sup> del artículo 131 de la Ley Hipotecaria a la persona que tenga presentado un título en el libro Diario con anterioridad a la fecha de la nota marginal de expedición de la certificación de cargas que previene la regla 4.<sup>a</sup> del mencionado artículo. (Resolución de 24 de agosto de 1981, «B.O.E.» de 23 de septiembre.)

A) **ANTECEDENTES DE HECHO.**—En procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, el Juzgado de Primera Instancia número 8 de los de Madrid, dictó auto de adjudicación en favor del rematante don José María P. S.: según resulta del testimonio de dicho auto de ejecución, se solicitó del Registrador de la Propiedad se expediera la certificación prevenida por la regla 4.<sup>a</sup> del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, y en dicha certificación se expresaba que con posterioridad a la hipoteca en fase de ejecución aparecían las siguientes cargas sobre el mismo inmueble: una hipoteca, una nota marginal expresiva de haberse expedido una certificación en virtud de mandamiento judicial dictado en juicio ejecutivo y una inscripción de dominio; por último, se hacía constar en la certificación regisral que en el libro Diario había sido presentado un mandamiento por el que se ordenaba tomar anotación de embargo sobre el mismo inmueble en autos ejecutivos instados por don Emilio M. I. contra el titular registral.

Presentado en el Registro de la Propiedad testimonio del auto, fue suspendida la inscripción por no acreditarse haber sido notificado del procedimiento don Emilio M. I., acreedor comprendido en la certificación de cargas expedida, conforme exige la regla 5.<sup>a</sup> del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

B) **DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN:** a) *Fundamento y fines de la nota marginal de la regla 4.<sup>a</sup> del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.*—La nota marginal que debe extender el Registrador al expedir la certificación registral exigida en la regla 4.<sup>a</sup> del artículo 131 de la Ley tiene como fundamento hacer constar en el Registro la incoación del procedimiento entablado a fin de que pueda ser conocido por los futuros adquirentes del inmueble hipotecado, o en su caso por los terceros interesados, y que les sirva a la vez de notificación a

los efectos procesales oportunos, entre los cuales se encuentra el de poder intervenir en la subasta, así como que no sea necesaria la expresión individualizada de sus respectivos asientos para que puedan en su día ser cancelados.

b) *Titulares anteriores a la nota y posteriores a la inscripción de la hipoteca en fase de ejecución.*—En cambio, a estos titulares se hace preciso, según la regla 5.ª, notificarles la existencia del procedimiento para que, en su día pueda ser ordenada por el Juez la correspondiente cancelación. El Reglamento Hipotecario, al desarrollar esta materia en los artículos 225 y 226, va indicando quiénes son estos titulares a los que es necesario notificar, y entre ellos aparece designado aquel que tiene presentado un título en el Registro que pueda provocar un asiento de inscripción o cancelación.

c) *Calificación registral de los documentos judiciales.*—Es reiterada doctrina de la Dirección el que los Registradores en la calificación de los documentos judiciales no podrán entrar en el examen del fundamento de las resoluciones judiciales, pero cuestión distinta es lo relativo a las notificaciones que han de realizarse a los interesados, pues se trata en este caso de un obstáculo que surge del Registro, al que se extiende el artículo 99 del Reglamento Hipotecario.

15. RESERVA ESTATUTARIA DE FORMAR NUEVOS LOCALES POR SEGREGACION.—Inscrita en el Registro la cláusula estatutaria que autoriza a la Sociedad originariamente propietaria de todo el edificio a formar por segregación nuevos locales en los bajos, no es necesaria la aprobación de la Junta de Propietarios para cada concreta operación de segregación que se efectúe, siempre que no se alteren las cuotas de los restantes pisos o locales. (Resolución de 31 de agosto de 1981, «B.O.E.» de 30 de septiembre.)

DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Argumentos doctrinales a favor de la licitud de la cláusula.*—La doctrina entiende que la autonomía de la voluntad puede en determinados casos configurar cláusulas de este tipo, y para ello se fundan unos autores en que no se ha prescindido del acuerdo de la Junta de Propietarios, sino que ésta se limitó a anticipar el consentimiento exigido al hacerlo en el momento de redactarse la norma estatutaria, mientras que otros autores, en forma más limitada, reducen el supuesto a casos más concretos en los que hay un interés digno de protección, como sería si se trata de locales diáfanos, en los que el propietario va enajenando parcialmente a medida que con arreglo a las necesidades del mercado van surgiendo los compradores.

b) *Argumentos jurisprudenciales a favor de la licitud.*—En el presente caso se advierte: que el contenido de la cláusula no tiene un carácter general e ilimitado, sino que aparece exclusivamente concretada a los bajos del edificio; que en la cláusula discutida se respeten las normas del artículo 8 sobre inalterabilidad de cuotas de participación; y que fue establecida por quien o quienes ostentaban en aquel momento la íntegra titularidad dominical del edificio, por lo que hay que concluir que no puede estimarse sea contraria a lo ordenado en el mencionado artículo 8 de Ley.

Nota.—Faltaba sobre este tema —validez de la reserva estatutaria de la facultad de dividir o segregar sin necesidad de aprobación de la Junta de propietarios— un pronunciamiento claro de la Dirección, pues la Resolución de 17 de abril de 1970, admitiendo la reserva de posterior división y reparto de cuota parece exigir que al llevarse a cabo la división se cumplan los requisitos del artículo 8 L.P.H.; la Resolución de 22 de octubre de 1973 no parte de una reserva previa, sino de una escritura de división otorgada por el propietario único figurando ya en el Registro compradores posteriores y la de 7 de abril de 1970 contempla un caso de reserva del derecho a elevar plantas consignada por el otorgante único en los Estatutos. La resolución anotada mantiene un criterio equilibrado, inclinándose a la admisión de la cláusula de reserva, pero en base a ciertas limitaciones que perfilan su alcance: concretarse a los bajos del edificio, respetarse la norma del artículo 8 sobre inalterabilidad de cuotas de participación, establecerse por quienes ostentaban la íntegra titularidad dominical del edificio.

El Tribunal Supremo manifestó, sin embargo, su criterio contrario en Sentencia de 7 de febrero de 1976, en que declara la nulidad de la cláusula de los estatutos en la que se establecía que «el departamento número 1, en cualquier momento, libremente y sin necesidad de autorización alguna de los demás copropietarios, podrá ser objeto de división o segregación», nulidad basada en que «la Ley que regula la propiedad horizontal es eminentemente imperativa, y este carácter indudablemente tiene su artículo 8.º, párrafo 2.º», añadiendo después que no cabe objetar que «los compradores de los pisos y locales tuvieran que aceptar esa cláusula que ya figuraba en los Estatutos, aceptación que en este aspecto evidentemente encierra un pacto de adhesión, porque, en todo caso, el principio de la autonomía de la voluntad no entró en juego, cual aquí acontece, es contrario a una norma imperativa».

La doctrina científica sigue, en su mayoría, un criterio favorable a la admisión de estas cláusulas de reserva, aunque con restricciones: que se refieran sólo a las plantas bajas y no a los pisos altos (Monet), que exista una justificación suficiente (De la Cámara, Garrido y Soto), que existan limitaciones de espacio y de tiempo (Verger Garau). José Manuel García García, en su comentario a la Sentencia de 7 de febrero de 1976 (R.C.D.I., núm. 519, año 1977, recogido luego con nota adicional en «Sentencias comentadas del Tribunal Supremo», Madrid, 1982) considera que tales cláusulas estatutarias «deben seguir admitiéndose, pero a condición de que aparezcan bien precisadas y depuradas». Salva la posible vulneración de la legislación de propiedad horizontal afirmando que «en el fondo se cumple de alguna manera lo previsto en el artículo 8, pues según el artículo 5.º, el propietario o propietarios iniciales tienen las mismas facultades que tendría una Junta de propietarios y hasta podemos decir que hacen las veces de la misma».

## 16. SUSTITUCION FIDEICOMISARIA.

1.º *Naturaleza del sustituto fideicomisario.*—El sustituto fideicomisario tiene, en Derecho común, el carácter de heredero.

2.º *La sustitución fideicomisaria implica la vulgar.*—La sustitución fideicomisaria establecida por el testador implica, en Derecho común, la sustitución vulgar. (Resolución de 27 de marzo de 1981, «B.O.E.» de 8 de mayo.)

A) ANTECEDENTES DE HECHO.—Se presentó en el Registro de la Propiedad número 14 de los de Madrid una instancia en que se relataban los siguientes hechos: Doña Ana C. G. falleció bajo testamento ológrafo otorgado el 18 de

marzo de 1974; en dicho testamento se dispone que «dejo a mis hermanos Luis y Luisa todos mis bienes, para que ellos a su vez se lo dejen a sus hijas Luisa y Rosario»; don Luis C. G., hermano de la testadora, murió en fecha anterior a ésta, por lo que la única y universal heredera de doña Ana C. G. es doña Luisa C. G., que de conformidad con el artículo 14 de la Ley Hipotecaria solicita la inscripción de una finca urbana a su nombre.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Posición del Derecho romano y de la doctrina actual en cuanto al carácter del fideicomisario.*—La doctrina actual, como lo hiciera el Derecho romano tras culminar la evolución que, iniciada en el Senado-Consulto Trebeliano, llega a la reforma de Justiniano (Instituta, 2, 23, 7), considera al fideicomisario como sucesor a título universal al ser llamado a la herencia o a una cuota parte de ella y no referirse especialmente a bienes determinados.

b) *Posición del Código civil en cuanto al carácter del fideicomisario.*—En nuestro Código civil esta posición aparece, si cabe, todavía más reforzada, no ya sólo por no haber recogido el principio romano «semel heres, semper heres» —que constituía el fundamento principal de la tesis contraria—, sino también y muy especialmente por la lectura del propio articulado, y en especial del 785, 1.º, donde se expresa el carácter de herederos que tienen los segundos llamados a la sucesión.

c) *Posición del Código civil en cuanto a si la sustitución fideicomisaria implica la vulgar.*—El Código civil no resuelve la cuestión, ya que el artículo 784 se limita a señalar el momento en que el fideicomisario adquiere su derecho —muerte del causante—, así como la transmisibilidad de éste a sus herederos.

d) *Posiciones doctrinales en cuanto a si la sustitución fideicomisaria implica la vulgar.*—Las variadas tesis pueden sintetizarse en dos posturas antagónicas: a) el criterio contrario a entender que el fideicomisario sea sustituto vulgar del fiduciario en caso de premoriencia de éste al testador se fundamenta en el hecho de que con arreglo al artículo 774 del Código civil la sustitución vulgar ha de ser hecha por el propio testador, y que no cabe en consecuencia tratar de deducir esta circunstancia de una posible voluntad presunta del causante; b) la mayoría de la doctrina afirma que la sustitución fideicomisaria lleva en sí misma el llamamiento del fideicomisario como sustituto vulgar del fiduciario, en base: 1.º, a los antecedentes históricos favorables a través de nuestros clásicos a esta solución; 2.º, a los artículos 784 y 785, 1.º del Código civil, que consideran al fideicomisario como un segundo heredero designado para después del primero; 3.º, que en los supuestos resueltos por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo favorables a la tesis contraria se refieren o a sustituciones fideicomisarias condicionales o a fideicomisos de residuo, en donde nuestra más alta Magistratura ve una institución condicional; 4.º, a que el artículo 675 del Código civil destaca como esencial la voluntad del testador, que puede aparecer manifestada claramente en este sentido; 5.º, a que es la solución acogida por el Derecho

comparado y por nuestras legislaciones forales; 6.º, a que en este sentido se han manifestado la Sentencia de 13 de noviembre de 1948 y la Resolución de 23 de octubre de 1908.

e)) *Inaplicabilidad del artículo 82 del Reglamento hipotecario en el caso de sustitución fideicomisaria.*—Al no tratarse de supuesto de un sólo heredero, no se dan las circunstancias requeridas por el artículo 82 del Reglamento Hipotecario para la inscripción de bienes a favor de heredero único.

## II. REGISTRO MERCANTIL

1. APORTACIONES NO DINERARIAS AL CONSTITUIRSE UNA SOCIEDAD.—En caso de realizarse aportaciones no dinerarias al constituirse una Sociedad, no es suficiente una declaración genérica por parte del aportante, sino que se requiere la descripción de los bienes aportados en la forma exigida por la legislación especial de los Registros correspondientes a la inscripción de dominio de dichos bienes, o al menos, la expresión de los datos identificadores necesarios. (Resolución de 8 de abril de 1981, «B.O.E.», de 26 de marzo.)

A) *ANTECEDENTES DE HECHO.*—En la escritura de constitución de una Sociedad Anónima, los otorgantes se limitaron a expresar la aportación de «diversa maquinaria y utilaje propios de la actividad de realización de obras y construcciones»; el Registrador suspendió la inscripción del documento por el defecto subsanable de no describirse los bienes aportados, haciendo imposible o al menos difícil la revisión de la valoración que de tales aportaciones impone el artículo 32 de la LSA.

B) *DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: Interpretación del artículo 103 del Reglamento del Registro Mercantil.*—El artículo 103 del Reglamento del Registro Mercantil está previsto fundamentalmente para aquellos supuestos en que el bien aportado es un inmueble, un buque o una aeronave, al objeto de que su descripción e identificación pueda servir de base a la posterior inscripción de dominio a favor de la Sociedad en el Registro correspondiente, pero ello no implica el que al constituirse la Sociedad no sea necesario realizar también la descripción de los restantes bienes aportados, aunque puede hacerse con carácter más flexible, incluso a través de una relación inventariada que haga posible su identificación según lo establecido en el artículo 37 del Código de Comercio.

### 2. SOCIEDAD ANONIMA.

1.º *Objeto social.*—La formulación del objeto social como «administrar, alquilar, construir, comprar y vender toda clase de bienes inmuebles, y asesorar respecto de las operaciones anteriores», concreta de forma precisa tal objeto social, determinando y diferenciando la naturaleza de las operaciones a realizar.

2.<sup>o</sup> *Usufructo y prenda de acciones*.—En el supuesto de usufructo y prenda de acciones no cabe remitirse en los Estatutos a que sean los accionistas quienes concreten esta materia en el título de constitución de estos dos derechos cuando quieran apartarse de la regulación legal, sino que, por el contrario, el contenido específico y concreto de estos derechos debe figurar en los propios Estatutos.

3.<sup>o</sup> *Forma de deliberar y tomar acuerdos*: La remisión general al contenido de la Ley es suficiente para estimar cumplido el requisito del artículo 11, h), de la Ley de Sociedades Anónimas, de determinar en los Estatutos la forma de deliberar y tomar acuerdos la Junta de Accionistas.

4.<sup>o</sup> *Capacidad del socio extranjero*.—La capacidad del socio extranjero, al tratarse de un contrato oneroso y no aportarse bienes inmuebles situados fuera de España, debe apreciarse con arreglo a la legislación española, por lo que es suficiente el juicio general de capacidad hecho por el fедатario, sin que sea de aplicación el artículo 9 del Reglamento de Registro Mercantil. (Resolución de 4 de marzo de 1981, «B. O. E.» de 9 de abril.)

A) **ANTECEDENTES DE HECHO**.—Se trata de un recurso a efectos doctrinales, interpuesto después de subsanados los defectos alegados en la nota e inscrita la escritura de constitución de Sociedad Anónima en el Registro Mercantil. El recurso se circscribe a los siguientes defectos: 1.<sup>o</sup>) expresarse de forma omnicomprensiva el objeto social; 2.<sup>o</sup>) contravenir el artículo 10 de los Estatutos los artículos 41 y 42 de la LSA, por cuanto dichos preceptos no permiten dar preferencia en orden al contenido de los derechos de usufructo y prenda de acciones a lo que establece el título constitutivo de tales derechos que no venga determinado, en primer término, por lo que dispongan los Estatutos sociales; 3.<sup>o</sup>) oscuridad en la redacción del artículo 13, respecto a la transmisibilidad de las acciones; 4.<sup>o</sup>) no contener los Estatutos ninguna mención respecto a la forma de deliberar y tomar acuerdos la Junta de Accionistas; 5.<sup>o</sup>) no acreditarse la capacidad civil del socio de nacionalidad extranjera por alguno de los modos que previene el artículo nueve del Reglamento de Registro Mercantil.

B) **DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN**: a) *Formulación del objeto social*.—Lo que importa —al efecto de fijar el objeto social— es que determine y diferencie la naturaleza de las operaciones a realizar, que en el caso de este recurso se refiere a la «actividad inmobiliaria», sin que se observe en su texto la adopción de fórmulas de carácter genérico o imprecisas, no autorizadas según doctrina de la Dirección, como serían aquellas que comprenden con carácter genérico «toda posible actividad comercial o industrial».

b) *Complejidad del usufructo y la prenda de acciones*.—Al constituirse un derecho de usufructo o de prenda sobre acciones de una Sociedad mercantil, el «status» jurídico de usufructuario y nudo propietario, o de deudor-propietario y acreedor pignoraticio se va a ver afectado por la existencia de una tercera persona, como es la propia Sociedad Anónima, lo que se traduce en una mayor complejidad de relaciones.

c) *Necesidad de distinguir las relaciones internas entre usufructuario y nudo propietario y las relaciones externas entre los interesados y la Sociedad.*—A la vista de lo establecido en el artículo 41 de la LSA, un sector doctrinal distingue dentro del derecho de usufructo: a) unas relaciones internas entre usufructuario y nudo propietario que no se verían afectadas por lo dispuesto en la Ley, en cuanto que tales relaciones quedan fuera de la competencia de ésta, y se regularán por lo establecido en el título constitutivo; b) unas relaciones externas o de legitimación de los interesados frente a la Sociedad, que son a las que la Ley se refiere, y que pueden regularse en los Estatutos, y en donde en caso de discordancia prevalecería el contenido de éstos sobre lo establecido en el título de constitución.

d) *Límites de la regulación estatutaria del usufructo y la prenda de acciones.*—Esta facultad de regulación estatutaria de la materia no autoriza una cláusula que con carácter general e indeterminado remita en cada caso concreto al título de constitución del usufructo o de la prenda de acciones, pues entonces la propia Sociedad desconocería la exacta situación en esta materia de la que se derivan tan complejas relaciones jurídicas.

e) *Capacidad contractual de los extranjeros.*—Si bien el artículo 9, 1.º, del Código civil mantiene el criterio tradicional de ser la ley nacional la que rija la capacidad y el estado civil de las personas físicas, el artículo 10, 8.º, ha introducido una importante excepción a este principio general, al objeto de procurar una mayor protección de la seguridad de la contratación y del tráfico jurídico, ya que ordena se aplique la ley española cuando se trate de un contrato oneroso celebrado en España que no tenga por objeto inmuebles situados fuera del territorio español.

3. SOCIEDAD ANONIMA: 1.º *Duración imprecisa de los Consejeros nombrados en la escritura constitutiva.*—Al establecerse en los Estatutos que si el número de Consejeros fuera impar, un Consejero será elegido por un plazo de cinco años, y el resto lo será por tres años, y no hacerse tales determinaciones en el caso controvertido, se produce un incumplimiento de los Estatutos sociales.

2.º *Puntualización terminológica.*—La expresión estatutaria «miembros en ejercicio» y la expresión legal «componentes» del Consejo —artículo 78 LSA— son equivalentes, ya que en ambos términos apunta la misma idea.

3.º *Facultad de decidir la participación en otras Sociedades.*—La facultad reconocida al Consejo de Administración, de decidir la participación en otras empresas o Sociedades no excede del objeto social, sino que hay que entenderla dentro de los límites del objeto social. (Resolución de 13 de abril de 1981, «B.O.E.» de 15 de junio.)

4. SOCIEDAD ANONIMA: 1.º *Aportación de capital extranjero mediante cheque conformado.*—En caso de conformidad por el Banco del talón girado contra la cuenta extranjera, tal como exige la Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores de 25 de enero de 1975, reguladora del

procedimiento de la declaración de inversiones extranjeras, no es necesario que el Notario asevere la legitimidad de la firma, facultades y ejercicio en el cargo de la persona que actúa en nombre de la Entidad bancaria.

2º *Posibilidad de concurrir por representación a la Junta universal.*—No contraviene el artículo 55 de la Ley, la cláusula estatutaria que permite celebrar Junta universal de socios cuando esté presente o representado todo el capital social. (Resolución de 4 de mayo de 1981.)

A) **ANTECEDENTES DE HECHO.**—Por escritura otorgada el día 19 de abril de 1980, la Compañía «Lozar Aktiengesellschaft», don Sergio G. M. y doña Lucía Q. P., procedieron a la constitución de la Compañía mercantil «Sinet Market, S. A.», en la que se hizo constar que la Sociedad Lozar desembolsaba el importe de las acciones suscritas por ella en la nueva Sociedad, mediante talón bancario conformado, número 36.425.591, a nombre de la Compañía ahora constituida, contra la cuenta de pesetas «A», 0918912882; en los Estatutos incorporados a esta escritura se disponía que «se podrá constituir... Junta universal, cuando se halle presente o representado la totalidad del capital desembolsado y los asistentes adopten, por unanimidad, la celebración de la Junta».

Presentada copia en el Registro Mercantil, fue suspendida la inscripción por los defectos subsanables siguientes: 1º No justificarse la aportación dineraria exterior, al no figurar acreditada la firma, cargo y facultades del conformado talón. 2º Contravenir el artículo 14 de los Estatutos al artículo 55 de la LSA.

B) **DOCTRINA DE LA DIRECIÓN:** a) *Finalidad del cheque conformado.*—Para ofrecer el máximo de garantía de cobro al tenedor, ha surgido lo que se denomina cheque conformado, a través de la declaración del librado contenida en el mismo título, que supone la existencia de fondos disponibles por parte del librador, así como la no posibilidad por parte de éste de poderlos retirar antes del vencimiento del plazo de presentación del talón o cheque.

b) *Importancia de los usos comerciales y del principio de buena fe, como reguladores de los documentos bancarios.*—Hay que destacar el enorme relieve de los usos comerciales como fuente del derecho en esta materia, e igualmente la importancia del principio de buena fe, tan esencial en el tráfico mercantil, lo que unido a la falta de disposición legal que concretamente prevea la intervención notarial en estos supuestos, y a que no se dan las circunstancias para una aplicación analógica de las formalidades establecidas en el artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil para la inscripción de los nombramientos de Administradores, hay que concluir que no procede estimar el primer defecto.

c) *Utilidad de la Junta universal.*—La modalidad de Junta conocida con el nombre de universal es especialmente útil en los supuestos de Sociedades

familiares o de pocos socios, en donde el «intuitu personae» desempeña, pese a la forma social adoptada, un carácter primordial, y de ahí que, encontrándose todos los socios presentes, puedan proceder, si así lo deciden, a celebrar la correspondiente Junta con la consiguiente adopción de acuerdos.

d) *Obstáculo a la posibilidad de concurrir por representación a la Junta universal.*—La principal dificultad que se alega para la validez de constitución de estas Juntas, en el supuesto de que algún socio aparezca representado, encuentra su fundamento en el artículo 60 de la Ley, al exigir que la representación se conceda por escrito y con carácter especial para cada Junta, circunstancia que como ya declaró la Sentencia de 8 de mayo de 1962 no puede producirse en la generalidad de los casos en una Junta universal, que no viene precedida de convocatoria ni celebrada con sujeción a un orden del día.

No obstante, y frente a la anterior dificultad, la misma sentencia declaró ya la posibilidad y la validez de la representación para tales Juntas siempre que se acreditase que quien la otorgó había tenido conocimiento de su constitución y de los asuntos que se iban a dilucidar.

##### 5. SOCIEDAD ANONIMA:

1.º *Duración del cargo de Administrador.*—El plazo establecido en el artículo 72, 1.º, LSA, sólo afecta a los Administradores designados en el acto constitutivo de la Sociedad.

2.º *Silencio en cuanto a la duración del cargo de Administrador nombrado en la escritura fundacional.*—Ante el silencio de los Estatutos y de la escritura de constitución de la Sociedad en cuanto a la duración del cargo de Administrador nombrado al fundarse dicha Sociedad, no cabe entender que los así designados lo son por el plazo máximo de cinco años que se contiene en el artículo 72, 1.º, de la Ley, pues este precepto permite únicamente señalar el plazo que se estime conveniente por los interesados, con tal de que no rebase el límite de los cinco años.

3.º *Renovación parcial.*—Al ser obligada la renovación parcial del Consejo, según dispone el artículo 73 de la Ley, habrá de prevenirse en los Estatutos la forma en que ha de tener lugar, como exige el artículo 11.

4.º *Nombramiento de cargos del Consejo por la Junta.*—No es inscribible el acuerdo adoptado por la Junta en que directamente se designan por ésta los cargos en el Consejo y se nombra Consejero-delegado, por tratarse de una competencia del órgano administrativo y no haberse pactado otra cosa en Estatutos, al amparo del artículo 77 LSA.

5.º *Párrafo que desvirtúa la clara determinación del objeto social.*—El párrafo segundo del artículo 2.º de los Estatutos, que autoriza a la Sociedad,

previo acuerdo de la Junta, el dedicarse a cualquier otra actividad mercantil e industrial distinta de la señalada en concreto en el párrafo primero del mismo artículo, supone una inconcreción del objeto social que contradice y deja sin efecto la clara determinación contenida en dicho párrafo primero.

6.<sup>º</sup> *Actos ajenos al objeto social.*—Toda Sociedad puede, cumplidas las exigencias legales requeridas para cada caso concreto, realizar actos aislados fuera del objeto social. De tratarse de una actividad continuada exigiría una modificación de los Estatutos sociales.

7.<sup>º</sup> *Consignación expresa de la prohibición de ejercer cargos a las personas incompatibles.*—El mandato contenido en el artículo 4.<sup>º</sup> del Decreto-Ley de 13 de mayo de 1955 exige que en toda escritura de constitución de Sociedades se consigne de modo expreso la prohibición de ocupar cargos o ejercerlos a las personas declaradas incompatibles, pues de no ser así no podrán ser inscritas en el Registro Mercantil, y esta terminante declaración legal ha de ser cumplida a través de la utilización de una fórmula de tipo objetivo que la exprese, sin que sea suficiente la manifestación concreta de no estar incurso en la prohibición hecha por los designados, ya que tienen un alcance diferente. (Resolución de 24 de noviembre de 1981, «Boletín Oficial del Estado» de 21 de diciembre.)

NOTA.—1. Se plantea de nuevo el problema de la duración del cargo de Administrador; la Dirección General reitera la doctrina de las Resoluciones de 9, 11 y 13 de junio de 1980 en otras dos resoluciones del año 1981: la reseñada de 24 de noviembre y la de 15 de septiembre. Entiende el Centro Directivo que el plazo establecido en el artículo 72 de la LSA sólo afecta a los Administradores nombrados en el acto constitutivo, pero no a los nombrados con posterioridad, que podrán ser designados por tiempo indefinido. Aduce como argumentos: a) *histórico-legislativo*; el silencio guardado por el legislador para los Administradores designados fuera del acto constitutivo no puede presumirse involuntario dada la redacción del anteproyecto que sirvió de base a la ley, que preveía la existencia de un plazo y fue suprimido; b) *sistemático*; sólo respecto de los Administradores designados en el acto constitutivo señala el artículo 72 la posibilidad de su reelección, lo que es congruente con el texto del precepto, ya que únicamente sobre ellos pesa la amenaza del día fatal propio de la caducidad; c) *lógico*; la reeleibilidad del cargo no supone que la única causa de su procedencia sea la existencia de un plazo de caducidad, ya que ésta puede tener orígenes muy diversos; d) *teleológico*; el diferente trato legislativo está justificado, porque trata de evitar que una interpretación equivocada pueda otorgar mayor estabilidad y permanencia al Administrador nombrado en el acto constitutivo. Añade la Dirección —en la Resolución citada de 15 de septiembre de 1981— que la renovación parcial establecida en el artículo 73 no supone que forzosamente hayan de caducar todos los nombramientos dentro de un plazo determinado, y que la ausencia de este plazo temporal no elimina en principio el derecho de las minorías a obtener el nombramiento de vocal en el Consejo a través del sistema establecido en el artículo 71, 2.<sup>º</sup>, de la Ley, si bien es indudable que gozan de menos oportunidades de ejercitarlo cuando no se ha señalado un límite temporal al nombramiento.

Es conocida la posición contraria mantenida por el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de junio de 1978, que considera inadmisible el cargo de Administrador con duración indefinida. La abierta discrepancia entre una

y otra posición se manifiesta con especial agudeza en sus consecuencias: mientras la Dirección sostiene la licitud de tales nombramientos, el Tribunal Supremo proclama su radical nulidad «conforme a lo que previene el artículo 6, números 3 y 4 del Código civil, por haberse adoptado en fraude de leyes».

Pero los problemas de interpretación del artículo 72, *deficiente, confuso y conflictivo*, al decir de Emiliano Cano, se remontan a decisiones jurisprudenciales anteriores: la Resolución de 18 de abril de 1958 no admitió la inscripción de una cláusula en la que se consignaba que los consejeros desempeñarían su cargo mientras la Junta General no acordase su cese (con lo que rechaza los nombramientos por tiempo indefinido); la Resolución de 8 de junio de 1972, en cambio, admite la designación sin plazo de actuación, pero la de 24 de mayo de 1974 afirma explícitamente que «el cargo de administrador de una Sociedad Anónima es esencialmente temporal en nuestro Ordenamiento jurídico», criterio que reitera poco después en la Resolución de 30 de mayo de 1974, así como en la de 12 de mayo de 1978. El Tribunal Supremo rechaza la designación sin plazo de actuación en Sentencia de 3 de mayo de 1956, pero este criterio de temporalidad limitada del cargo de Administrador se abandona luego en Sentencia de 22 de octubre de 1974, en que «excluye de la rígida aplicación del plazo limitativo de cinco años» a los nombrados fuera del acto constitutivo.

Entre las aportaciones más recientes a la polémica, véanse: V. José Castillo Tamarit: «Reflexiones sobre la admisibilidad de nombramientos de Administradores de una Sociedad Anónima por tiempo indefinido», en R. C. D. I., número 545, año 1981, y «Comentario a las Resoluciones del 9, 11 y 13 de junio de 1980», en este A. D. C., fascículo I de 1980. Este autor defiende —por razones teóricas, «porque la movilidad del tráfico mercantil impone esta solución» y «por razones de tipo práctico para evitar la grave problemática de los administradores con plazo caducado»— la admisibilidad de los nombramientos de administradores por plazo indefinido. Mantiene el criterio contrario Emiliano Cano Fernández: «El artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas», R. C. D. I., número 531, año 1979; «Comentario a la Resolución de la Dirección General de 9 de junio de 1980», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, número de septiembre de 1980, y «Los Estatutos de las Sociedades Anónimas. Sus defectos más frecuentes», en ese mismo *Boletín*, número de septiembre de 1981. Este autor, tras exponer los argumentos que a su entender hacen imposibles los nombramientos superiores al plazo de cinco años, pone de relieve que tras el pronunciamiento del Tribunal Supremo el Registrador asume una responsabilidad evidente si practica la inscripción de la cláusula estatutaria discutida, por ser el único funcionario responsable de la calificación y por obligar la ley a no inscribir actos nulos.

2. La necesidad de expresar en los Estatutos, en la escritura de constitución, el plazo de duración del cargo de los Administradores, *sin que pueda estimarse ante su silencio que esta omisión supone el que han sido nombrados por el plazo de cinco años*, que es el máximo que permite el artículo 72, se reitera en la Resolución de 26 de noviembre de 1981. La misma resolución admite una fórmula alternativa de administración consignada en la escritura: tras indicarse en ésta que la administración se llevará a cabo por el Consejo, se añade luego que «sin perjuicio de lo establecido en el artículo 12 y siguientes de los Estatutos, la Junta General, en cualquier tiempo, podrá acordar que la dirección, gestión y representación de la Sociedad se atribuya a uno o más administradores». Frente al criterio contrario del Registrador, que apreció indeterminación en cuanto al órgano de administración, la Dirección General reconoce esa facultad a la Junta, *dado que no aparece prohibida en la Ley, ya que el artículo 11, h) de la misma autoriza la posibilidad de órgano y órganos de administración, y el artículo 102 del Reglamento de Registro Mercantil al desarrollar la materia lo presupone igualmente*.

## 6. SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA:

1.<sup>o</sup> *Cesión forzosa de participaciones.*—Es válida la cláusula contenida en Estatutos, que establece una cesión forzosa a la Sociedad o a los restantes socios de las participaciones sociales correspondientes al socio que incumple la prohibición pactada de no intervenir ni interesarse directa ni indirectamente en ninguna empresa comercial o industrial que tenga un objeto semejante al de la Sociedad.

2.<sup>o</sup> *Acuerdo de disolución que puede ser suspendido.*—Es válida la cláusula que autoriza que, aun después de adoptado el acuerdo de disolución, pueda dejarse éste sin efecto por voluntad manifiesta de los socios disidentes minoritarios, que a través de la adquisición de las acciones de los que acordaron la disolución evitan mediante esta compra que se entre en la fase de liquidación social, y se logre, por tanto, que subsista la misma Sociedad.

3.<sup>o</sup> *Administración mancomunada y en ciertos casos solidaria.*—Es válida la cláusula estatutaria que, después de establecer como regla general la forma de administración mancomunada de la Sociedad, permite en determinadas operaciones de menor importancia la actuación solidaria de los Administradores nombrados. (Resolución de 7 de abril de 1981, «B. O. E.» del 3 de junio.)

7. SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA; LIMITACION DE LAS FACULTADES DEL UNICO ADMINISTRADOR.—No es inscribible la cláusula estatutaria que limita las facultades del único Administrador de la Sociedad en cuanto a una serie de actos comprendidos dentro del objeto social, exigiendo para el otorgamiento de los mismos la firma mancomunada del propio Administrador y de otro socio. (Resolución de 16 de diciembre de 1981, «B. O. E.» de 4 de enero.)

Doctrina de la Dirección: a) *Carácter del socio de una SRL.*—A diferencia de las Sociedades personalistas, el socio de una Sociedad de Responsabilidad Limitada no es un Administrador nato de la Sociedad, según se deduce del artículo 11 de la Ley de 17 de junio de 1953, cuando señala que podrán serlo tanto los socios como los que no lo son.

b) *Limitación de las facultades representativas del Administrador.*—Carácterística esencial de estas facultades representativas de los Administradores es la ineficacia contra terceros de cualquier limitación a todo lo que se encuentre comprendido dentro de los asuntos del giro o tráfico de la Sociedad, según establece el artículo 11 de la Ley, ineficacia que se manifiesta, pues, en el ámbito exclusivamente externo de las relaciones con terceros, pero que no afecta a la validez de la cláusula en su aspecto interno de relaciones entre los socios.

c) *Requisito para que exista coadministración.*—El pacto estatutario por el que se requiere, además de la firma del Administrador, la de otra per-

sona que no lo es, no puede entenderse como una coadministración, ya que entonces debería haberse nombrado a esta segunda persona también Administrador, tal como lo exige el artículo 7, 8.º, de la Ley.

### III. REGISTRO CIVIL

1. APELLIDOS; UNION DE PRIMERO Y SEGUNDO.—Se autoriza al interesado la utilización como primer apellido de los que hasta ahora eran primero y segundo, por pertenecerle ambos legítimamente y ser conocido de esta forma. (Resolución de 30 de junio de 1981.)

DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: *Interpretación del artículo 57, 3.º, de la Ley de Registro Civil a la luz del nuevo artículo 109 del Código civil.*—Después de la entrada en vigor del actual artículo 109 del C. c., que deja a la voluntad de los particulares el orden de los apellidos, paterno y materno, carece de razón de ser y hay que estimar parcialmente derogado el requisito de infungibilidad entre las líneas paterna y materna establecido por el artículo 57, 3.º, de la LRC, requisito que sólo ha de persistir en el sentido de impedir que en los dos apellidos de una persona no aparezca ninguno paterno o ninguno materno.

2. CAMBIO DE NOMBRE.—No puede imponerse el cambio del nombre Sandro o Sandra admitido en su momento por el encargado y no recurrido en su momento por el Ministerio Fiscal, por tratarse de una infracción de índole más bien gramatical. (Resolución de 5 de mayo de 1981.)

A) ANTECEDENTES DE HECHO.—El Fiscal del Distrito de Puertollano promovió expediente de rectificación del nombre impuesto en catorce inscripciones de nacimiento, solicitando del Juez Encargado que se proceda a su rectificación, sustituyendo el nombre de Sandra por el de Alejandra y el de Sandro por Alejandro.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: *Carácter de la infracción.*—El cambio de nombre impuesto con infracción de las normas establecidas no es automático por el solo hecho de haberse comprobado la infracción, como lógica consecuencia de que si ésta es de escasa entidad y no afecta al orden público, debe prevalecer sobre ella la situación de hecho consolidada y admitida en su momento por el Encargado; solución que debe predicarse para aquellas infracciones de mero carácter reglamentario y exentas de gravedad.

3. CAMBIO DE NOMBRE CIVIL POR CANONICO.—Se autoriza el cambio del nombre civil Benigna por el canónico y usado habitualmente de María del Carmen, al existir justa causa y no aparecer perjuicio de tercero. (Resolución de 22 de julio de 1981.)

DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Cambio de nombre civil por el canónico.*—El artículo 594.º de la LRC, en norma que no ha resultado modificada por

ninguna posterior, faculta al Juez de Primera Instancia para autorizar el cambio de nombre civil por el impuesto canónicamente, cuando éste sea utilizado habitualmente.

└ b) *Pluralidad de nombres canónicos; forma canónica completa e incompleta.*—Con arreglo a muy reiterada doctrina de la Dirección General, la posibilidad de cambio de nombre alcanza a aquellos casos en que el nombre propio utilizado sea alguno o algunos de los canónicos, y por otra parte, no ha de ser obstáculo a la concesión que, como es tan frecuente tratándose de advocaciones marianas, se utilice unas veces la forma canónica completa y otras la abreviada.

4. CAMBIO DE NOMBRE CIVIL POR CANONICO.—La invocación mariana Miriam, aunque de origen hebreo, debe estimarse por su universalidad y por su frecuencia como formando parte de los nombres propios de mujer del acervo castellano, de modo que no incide en la prohibición de los nombres extranjeros con traducción usual a las lenguas españolas. (Resolución de 12 de noviembre de 1981.)

NOTA.—En la Resolución de 24 de noviembre de 1981, en que se autoriza igualmente el cambio del nombre civil por el canónico usado habitualmente, no se considera obstáculo para el cambio la circunstancia de que el nombre canónico figure ya en segundo lugar en la inscripción de nacimiento de la interesada, «puesto que no es indiferente para una persona que el nombre propio por el que es conocida sea sólo una parte —y no la primordial— de las que componen su nombre civil».

##### 5. EMANCIPACION Y OPCION DE NACIONALIDAD:

1.º *Naturaleza de la opción de nacionalidad.*—Las opciones a la nacionalidad española, formuladas al amparo del artículo 18 del C. c., no deben nunca dar lugar a un verdadero expediente de nacionalidad sujeto al control de la superioridad, sino que constituyen unas declaraciones de voluntad directamente inscribibles en el Registro competente, previa la necesaria calificación del Encargado.

2.º *Registro en que ha de practicarse la nota marginal de opción.*—Tanto la inscripción de nacimiento como la marginal de la opción y, en su caso, de la emancipación, han de extenderse, por tratarse de un nacimiento ocurrido en el extranjero de hija de madre española, en el Registro Civil Central, antes que en el Consular, por estar la promotora domiciliada en España.

3.º *Calificación de la opción.*—El Encargado que levante el acta habrá de realizar una primera calificación a fin especialmente de evitar una escueta declaración sin justificación alguna y procurar, por el contrario, que el interesado, aunque no presente ningún documento, precise en su declaración todos y cada uno de los supuestos necesarios para que se produzca la adquisición de la nacionalidad española, siendo después el encargado competente para la práctica de la inscripción marginal quien debe efectuar

la calificación primordial, en los términos que resultan del artículo 227 RRC, aclarado por la Circular de 22 de mayo de 1975 y por la de 11 de abril de 1978.

6. EXPEDIENTES DE NACIONALIDAD Y MATRIMONIO; TASAS JUDICIALES.—Son ilegales, por transgredir lo dispuesto en la Ley de Registro Civil, las tasas judiciales establecidas para los expedientes de matrimonio civil y para los de nacionalidad por residencia o carta de naturaleza por el artículo 46, tarifa 1.<sup>a</sup>, del Decreto 1.036/1959, de 18 de junio. (Resolución de 6 de noviembre de 1981.)

7. EXPEDIENTE PREVIO PARA LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO CIVIL:

1.<sup>º</sup> *Modo de llevar a cabo la delegación para la prestación del consentimiento matrimonial.*—Cuando a petición de los contrayentes y a los efectos de la prestación de su consentimiento, el Encargado del Registro Civil del domicilio delegue en otro Encargado, el primero remitirá al segundo, junto con la comunicación que contenga la delegación, todo el expediente original tramitado; la inscripción habrá de practicarse en el Registro Civil correspondiente al lugar de celebración.

2.<sup>º</sup> *Vigencia como preceptos de mero carácter reglamentario de las normas derogadas del Código civil sobre el expediente previo.*—El expediente previo para la celebración del matrimonio en forma civil seguirá tramitándose conforme a las reglas contenidas en los artículos 86 y siguientes del Código civil en su redacción originaria —hoy con valor meramente reglamentario—, en los artículos 243 y siguientes del RRC y en la Instrucción de la Dirección General de 22 de marzo de 1974; reglas que subsisten en tanto no estén en contradicción directa con los nuevos artículos del Código civil. Acuerdo de 18 de noviembre de 1981.)

8. INSCRIPCION DE DEFUNCION FUERA DE PLAZO.—Para que pueda decidirse en expediente gubernativo la inscripción de defunción de una persona, cuando su cadáver ha desaparecido o ha sido inhumado, es preciso que llegue a probarse en las actuaciones la certeza de la muerte en grado tal que se excluya cualquier duda racional. (Resolución de 15 de enero de 1981.)

NOTA.—Idéntica doctrina se reitera en otras numerosas resoluciones sobre la misma materia. La justificación de la certeza «en grado tal que excluya cualquier duda racional» tiene lugar, en las distintas resoluciones, por pruebas diversas (unidas a las circunstancias extraordinarias en que acaeció la defunción): las declaraciones de un testigo que vio el cadáver (Resoluciones de 15 y 27 de enero, 24 de febrero, 1 de abril, 16 y 27 de mayo, 10 de junio y 10 de agosto), o que presenció los hechos (Resolución de 26 de enero), las declaraciones de los testigos que conocieron la comunicación o notificación oficial del fallecimiento (Resoluciones de 8 y 27 de mayo), la declara-

ción de dos compañeros de armas que, aunque no vieron el cadáver, recibieron detallada e inmediata información de la muerte y de sus circunstancias (Resolución de 25 de junio), la prueba documental de la época que da al sujeto por fallecido (Resolución de 17 de septiembre). En otros casos, ese grado de certeza no llega a justificarse, porque de las pruebas únicamente resulta que ha desaparecido una persona en determinada situación de peligro, e incluso que está probada la fama de la muerte, pero precisamente ésta no basta a los efectos del expediente gubernativo, según el tenor del artículo 278 del RRC; éste es el caso de las declaraciones de testigos que no vieron el cadáver y sólo saben de los hechos por referencias imprecisas (Resoluciones de 23 de junio y 21 de septiembre), o la referencia incidental que se hace en el escrito de recurso a un posible testigo presencial en ignorado paradero (Resolución de 24 de marzo), o las declaraciones de testigos que dicen conocer el hecho de óidas (Resolución de 4 de mayo), o las declaraciones de testigos que afirman haber desaparecido una persona en determinada situación de peligro y por ello suponen su defunción (Resolución de 11 de agosto). Como aclara la Dirección General en estas resoluciones, para todos aquellos casos en que no es el cadáver sino la misma persona viva la que desaparece, sigue vigente el régimen especial de la declaración de fallecimiento, al amparo de los artículos 193 y siguientes del Código civil y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

9. INSCRIPCION DE MATRIMONIO CIVIL CELEBRADO EN EL EXTRANJERO.—Es válido el matrimonio civil celebrado en el extranjero con arreglo a la forma del país, independientemente de la prueba de la acatolicidad del contrayente español. (Resolución de 30 de junio.)

DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Validez del matrimonio contraído en el extranjero con arreglo a la forma del país.*—Es inadecuado entender que un matrimonio civil celebrado en Francia, según la forma local, por un español en 1971 es nulo por defecto de forma, por aplicación del artículo 100, 4.<sup>º</sup> del C. c., en relación con el artículo 100 del propio Cuerpo legal, pues esta interpretación ha sido palatinamente desechada por el artículo 73 de la actual LRC, en vigor ya cuando el matrimonio se celebró, que admite explícitamente la validez del matrimonio contraído en el extranjero con arreglo a la forma del país, supeditando sólo su inscripción en el Registro español a la tramitación del expediente gubernativo que desarrolla el artículo 249 RRC.

b) *Innecesidad de prueba de la acatolicidad.*—El principio de no discriminación por razón de religión (art. 14 Constitución) y de aconfesionalidad del Estado (art. 16), de aplicación inmediata al entrar en vigor la Constitución, impiden hoy que la inscripción de un matrimonio civil en el Registro pueda seguir dependiendo de la prueba de la acatolicidad.

10. INSCRIPCION DE MATRIMONIO CIVIL FUERA DE PLAZO.—Cuando el matrimonio civil se ha celebrado sin haberse levantado el acta exigida por el artículo 100 del Código civil, su inscripción tardía requiere la tramitación del expediente previsto en el artículo 73 de la LRC, en el cual hay que justificar debidamente la celebración del matrimonio y ello presupone, al menos, la intervención del Juez competente y de dos testigos mayores de edad y sin tacha legal. (Resolución de 14 de abril de 1981.)

Nota.—La misma doctrina se reitera en la Resolución de 1 de julio de 1981; en el caso de la resolución extractada sólo existía un testigo, menor de edad, y en el de esta última se celebró el matrimonio ante un órgano político incompetente para la autorización del matrimonio.

11. INSCRIPCION DE MATRIMONIO CELEBRADO EN EL EXTRANJERO EN FORMA CANONICA.—Los matrimonios celebrados por cualquier español en el extranjero en forma canónica se inscribirán en el Registro Civil con la simple presentación de la oportuna certificación eclesiástica, sin perjuicio de la denegación del asiento por aplicación del segundo párrafo del artículo 63 del Código civil. (Resolución de 2 de noviembre de 1981.)

12. INSCRIPCION DE RECONOCIMIENTO DE FILIACION NO MATRIMONIAL.—El reconocimiento de filiación otorgado por padre casado respecto del hijo mayor de edad, habido fuera de matrimonio, y ya inscrito como reconocido por su madre soltera, es indudablemente válido e inscribible según la ley vigente, siempre que se cumplan los requisitos que la misma establece en cuanto a su forma y en cuanto al consentimiento del reconocido mayor de edad. (Resolución de 22 de junio.)

A) ANTECEDENTES DE HECHO.—Por comparecencia de 14 de marzo de 1980 en el Registro Civil de L., don L.G.V. y don E.G.G. presentaron copia de un acta notarial de manifestaciones en la que el primero reconoce al segundo como hijo habido, durante su matrimonio, fuera de éste, con el fin de que se proceda a la inscripción marginal en el acta de nacimiento de don E.G.G., mayor de edad, que acepta expresamente el reconocimiento. El Juez Encargado, habiendo observado después de practicada la inscripción marginal de reconocimiento que el promotor no reúnia los requisitos que determina el artículo 130 C. c. y 187 RRC, dictó providencia ordenando pasar las actuaciones al Ministerio Fiscal. Este promovió expediente gubernativo para cancelar la inscripción marginal de reconocimiento: a su vez el Juez Encargado dictó auto-propuesta en el mismo sentido. El Juez de Primera Instancia dictó auto no aprobando la propuesta del Juez Encargado, ya que, si bien están vigentes los artículos mencionados por el Encargado y el Ministerio Fiscal, hay una norma de rango superior que es la Constitución de 1978, que en su artículo 14 prohíbe la discriminación de las personas por razón de su nacimiento, y el artículo 39, que declara a los hijos iguales ante la ley con independencia de su filiación.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: *Eficacia retroactiva de las nuevas normas del Código civil sobre filiación.*—Hay que partir de la eficacia retroactiva que tienen las nuevas normas del Código civil sobre filiación, según resulta de la Disposición Transitoria 1.<sup>a</sup> de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y concretamente de la Disposición Transitoria 5.<sup>a</sup> de la propia ley, que establece que «el reconocimiento de un hijo que, según la legislación anterior, tuviere la condición de ilegítimo no natural, determinará su filiación con los efectos que le atribuye la presente Ley, siempre que resulten ya cumplidos los requisitos que ésta exige».

**13. INSCRIPCION DE RECONOCIMIENTO DE FILIACION NO MATRIMONIAL.**—Es inscribible la filiación no matrimonial, por vía de reconocimiento, no obstante aparecer que la madre estaba casada, por no regir en este caso la presunción de paternidad del marido ni darse la posesión de estado de hijo matrimonial. (Resolución de 5 de agosto.)

Nota.—Al igual que en los casos anteriores, la iniciación del expediente y el auto recurrido se han producido con anterioridad a la reforma de 13 de mayo de 1981, por lo que no han podido tenerse en cuenta las D. T. 1.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup>. La Dirección General aplica el criterio contenido en la Circular sobre consecuencias registrales del nuevo régimen legal de la filiación de 2 de junio de 1981 (cuestión III, párrafo 4.<sup>a</sup>), según el cual «a efectos de inscribir la filiación no matrimonial de madre casada, habrá de comprobarse que no rige la presunción legal de la paternidad del marido y que el hijo no se encuentra en la posesión de estado de hijo matrimonial».

**14. INSCRIPCION FUERA DE PLAZO DE MATRIMONIO CIVIL; COMPETENCIA PARA INSTRUIR Y RESOLVER EL EXPEDIENTE.**—Los matrimonios han de inscribirse en el Registro correspondiente al lugar en que se celebran y es también el Juez Encargado de este Registro el competente para instruir y resolver el expediente para inscribir el matrimonio a que se refieren los artículos 73 LRC y 249 de su Reglamento, cuando no se ha levantado en su momento el acta oportuna. (Resolución de 14 de agosto de 1981.)

**15. INSCRIPCION DE RECONOCIMIENTO DE FILIACION NATURAL; COMPETENCIA.**—Decidir en primera instancia si es inscribible el reconocimiento de filiación natural es cuestión que corresponde al Juez Encargado competente para inscribir el reconocimiento, el cual deberá ponderar en el ejercicio de su función calificadora si se cumplen los requisitos exigidos al efecto, y especialmente el de la aprobación judicial a que se refiere el artículo 133 del Código civil. (Resoluciones de 14 de mayo y 15 de junio de 1981.)

**16. MATRIMONIO CIVIL DE ESPAÑOLA DIVORCIADA.**—No hay obstáculo para la autorización de matrimonio civil entre un español soltero y una española divorciada en Holanda cuando ostentaba la nacionalidad de ese país, con tal de que se justifique debidamente la disolución por sentencia firme del Tribunal holandés, y, previa o simultáneamente, se promueva la inscripción de la sentencia de divorcio vincular. (Resolución de 28 de enero.)

**A) ANTECEDENTES DE HECHO.**—Por escrito presentado ante la Oficina del Registro Civil de su domicilio, don Francisco-Ricardo V. G. y doña Mercedes-Luisa B. S. promovieron expediente para la celebración de su matrimonio civil; se hace constar que el contrayente es español y soltero, y la contrayente española y divorciada, puesto que contrajo matrimonio canónico en Vigo en 1957, adquiriendo por este hecho la nacionalidad holandesa y perdiendo la española; en este mismo año un Tribunal holandés dictó

sentencia de divorcio de dicho matrimonio; la interesada, que conservaba la nacionalidad holandesa, recuperó en forma legal su anterior nacionalidad española en 1977.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Reconocimiento en España de sentencia extranjera de divorcio*.—El estado civil de un extranjero se rige por su ley personal (artículo 9.1 del Código civil), sin que haya ya motivos después de la Constitución, por las razones que expuso la Resolución de 6 de abril de 1979, para estimar que la excepción de orden público internacional (artículo 12.3 C. c.) impide reconocer eficacia en España a una sentencia extranjera de divorcio vincular, aunque haya recaído sobre un matrimonio canónico.

b) *Inexistencia de fraude de ley*.—No puede haber atisbo alguno de fraude de ley (art. 12.4 C. c.) cuando la aplicación de la ley extranjera ha tenido lugar, no por una naturalización voluntaria previa al divorcio, sino por una adquisición impuesta de la nacionalidad holandesa por razón del matrimonio mismo, con pérdida automática también de la nacionalidad española.

c) *Prueba del divorcio vincular declarado en país extranjero*.—Conforme a los artículos 86 del Código civil y 244 del Reglamento del Registro Civil, la contrayente debe presentar la prueba del divorcio vincular del anterior matrimonio, el cual, y por ser un hecho aún no inscrito en el Registro español, puede ser acreditado por otros medios distintos a la certificación registral, como puede ser el testimonio de la sentencia de divorcio vincular y con el carácter de firme, o el correspondiente certificado consular.

17.—MATRIMONIO ENTRE SOLTERO Y DIVORCIADA.—La española divorciada en el extranjero no puede contraer nuevo matrimonio en España mientras no sean reconocidos en forma legal los efectos de la sentencia extranjera de divorcio. (Resolución de 23 de diciembre de 1981.)

NOTA.—Resulta precisa la obtención del «*exequatur*», que ha de pedirse ante el Tribunal Supremo (artículo 955 LEC y 107 C. c., tras la reforma de 13 de mayo de 1981), lo que confirma, a efectos de la inscripción de la sentencia al margen del asiento de matrimonio, el artículo 83 RRC. En el caso de la Resolución de 2 de noviembre de 1981, por haberse extendido —antes de haberse obtenido el reconocimiento de la sentencia extranjera— la inscripción del segundo matrimonio, y sólo ser susceptible ésta de cancelación por la vía judicial ordinaria (art. 92 LRC), la Dirección —en uso de las facultades que le confiere el artículo 158 RRC— ordenó la extensión de una nota marginal de referencia.

18. NOMBRE PROPIO DE UN TRANSEXUAL; CAMBIO.—Se autoriza el cambio del nombre actual de Eduardo por el de Trinidad, por ser un nombre empleado por ambos sexos y existir en la petición justa causa y no aparecer perjuicio de tercero. (Resolución de 22 de mayo de 1981.)

A) ANTECEDENTES DE HECHO.—Don Eduardo H. A. promovió expediente para obtener el cambio de su nombre propio actual por el de Trinidad, alegando que nació varón, pero desde los cinco años dio muestras inequívocas de feminidad, que quedaron totalmente fijadas en su adolescencia; que en 1975 se sometió a una operación quirúrgica de transexualización; que son múltiples los problemas prácticos de identificación que se le plantean, ante la contradicción entre su aspecto femenino y su nombre oficial; y solicita que se le conceda en nombre de Trinidad que ya usa.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *En expediente gubernativo sólo puede obtenerse el cambio por otro nombre de varón.*—Como cuestión previa debe decidirse si está prohibido, para el inscrito como varón, el nombre propio pretendido Trinidad, puesto que si así lo fuera por aplicación de las reglas sobre imposición de nombres propios de los artículos 54 de la Ley y 192 del Reglamento, es obvio que no podría obtenerse por esta vía del cambio gubernativo aquel nombre prohibido.

b) *Nombre confuso y nombre ambiguo en cuanto al sexo de la persona.*—Por aplicación de los artículos citados hay que rechazar los nombres propios que hagan confusa la designación por inducir a error en cuanto al sexo, pero esta prohibición ha de entenderse referida a aquellos nombres que inequívocamente designan el sexo opuesto, pero no hay motivos suficientes para extenderla a aquellos nombres que en el uso social de numerosas regiones españolas se emplean indistintamente para hombre o mujer.

19. NOTA MARGINAL DE NOMBRE USADO HABITUALMENTE.—Puede consignarse al margen de las inscripciones de nacimiento y de matrimonio el dato meramente de hecho de que el nacido llegó a ser conocido habitualmente con otro nombre distinto, mientras que no cabe, por el contrario, cambiar el nombre de persona ya fallecida. (Resolución de 27 de febrero de 1981.)

20. PERDIDA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.—No pierde la nacionalidad española por adquisición voluntaria de otra quien no reúne los requisitos del artículo 22 del C. c., por no haber residido durante los tres años inmediatamente anteriores fuera de España, ni la pierde tampoco por entrar al servicio de armas en un Estado extranjero quien se limita a cumplir determinadas exigencias burocráticas en orden a los deberes militares con dicho Estado extranjero. (Resolución de 2 de octubre de 1981.)

DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Doble hipótesis de pérdida de la nacionalidad española por adquisición voluntaria de otra.*—A los efectos de la pérdida de la nacionalidad española conforme al artículo 22 del Código civil, se asimilan la adquisición voluntaria de otra nacionalidad y el asentimiento voluntario que el súbdito español, con capacidad según la ley española, realice expresa o tácitamente a la nacionalidad extranjera que se le hubiere atribuido anteriormente, incluso «iure soli» en el momento de su nacimiento.

b) *Requisitos para que la pérdida produzca efecto.*—En este segundo supuesto son requisitos necesarios para que la pérdida produzca efectos, conforme al citado artículo 22 del Código civil, que el interesado haya residido fuera de España al menos durante los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de aquél asentimiento y, además, en cuanto a los varones, que no estén sujetos al servicio militar en período activo, salvo que medie dispensa del Gobierno.

c) *Servicio de armas y gestiones sobre el servicio militar.*—El artículo 23-1.º del C. c. establece también la pérdida de la nacionalidad española para los que entren al servicio de las armas en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Jefe del Estado español, y esta prohibición fue dictada en modo general por el Decreto de 28 de diciembre de 1967, pero es indudable que no entra en ese concepto de servicio de armas la circunstancia de que el peticionario haya cumplido, dentro del mismo territorio español, determinadas exigencias burocráticas en orden a los deberes militares con Venezuela.

21. PERDIDA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.—No pierde la nacionalidad española la extranjera casada con español antes de la entrada en vigor de la Ley de 2 de mayo de 1975 que no realice expresa e incondicionada declaración de querer conservar la nacionalidad de origen, o se limite a solicitar y obtener la nacionalidad extranjera para los hijos sin que se acredite que para ello sea necesario que la madre tenga la misma nacionalidad de los hijos. (Resolución de 14 de enero de 1981.)

DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Situación de las mujeres extranjeras casadas con español antes de la reforma de 1975.*—La especial situación de las mujeres extranjeras, casadas con español antes de la entrada en vigor de la Ley de 2 de mayo de 1975, fue abordada por el párrafo 2.º de la disposición transitoria de la Ley, a cuyo tenor «el régimen establecido en la nueva redacción del artículo 21 del C. c., será también aplicable a la mujer extranjera casada con español antes de la entrada en vigor de la presente Ley y, en consecuencia, podrá recuperar su anterior nacionalidad con arreglo a su Ley de origen».

b) *Doctrina interpretativa de la Dirección.*—La interpretación de este precepto ha sido llevada a cabo por la Circular de la Dirección General de 22 de mayo de 1975, así como por la Instrucción de 11 de diciembre del propio año, cuya doctrina puede sintetizarse del modo siguiente: 1) Las mujeres casadas, que se encuentren en la situación expresada, adquirieron la nacionalidad española y ha de reputarse a todos los efectos que la continúan ostentando, mientras no conste debidamente que hayan incurrido en causa legal de pérdida; 2) Esta pérdida de la nacionalidad española se producirá cuando la mujer, después de la entrada en vigor de la ley citada, haya recuperado su nacionalidad primitiva, o haya consentido en conservarla, siempre que así resulte de una declaración expresa de su voluntad o de una conducta libre, inequívoca y concluyente que la implique; 3) En estos

casos la pérdida —que debe ser objeto de inscripción— se habrá producido de pleno derecho y sin necesidad de que concurran los requisitos que, para la eficacia de la pérdida en otros supuestos, exige el artículo 22 del Código civil.

22. PERDIDA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA; MODO DE ACONDICIONARLA.—No puede concederse al interesado una prueba de que no ostenta la nacionalidad española, de tanta fuerza como la que implica el expediente con valor de presunción del artículo 96-2.º de la LRC, cuando, de una parte, es español por aplicación del artículo 17-3.º del C. c., como nacido en España de padre alemán también nacido en España y en ella domiciliado al tiempo del nacimiento, y de otra parte, cuando no se ha invocado siquiera hecho alguno del que pudiera derivarse la pérdida de la nacionalidad española originaria. (Resolución de 13 de marzo de 1981.)

23. RECONOCIMIENTO DE FILIACION NO MATRIMONIAL.—La simple oposición del abuelo materno formulada a consecuencia de haberle sido notificada la inscripción del reconocimiento paterno no es título bastante para en su virtud practicar la cancelación de tal inscripción. (Resolución de 28 de noviembre de 1981.)

**DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN:** a) *Procedimientos para la cancelación de inscripciones.*—Las inscripciones sólo pueden suprimirse por la vía del juicio declarativo ordinario, conforme a la regla general del artículo 92 de la LRC, o por la vía excepcional del expediente en los casos taxativamente previstos en la propia ley, y ningún precepto concede semejante virtualidad a la simple oposición del representante legal, destinatario de la notificación a que se refiere el artículo 186 del RRC.

b) *Finalidad de las notificaciones del artículo 186.*—La finalidad exclusiva de estas notificaciones es la de informar a los posibles interesados sobre el nuevo asiento para que puedan exigir el cumplimiento de los deberes que se derivan del estado inscrito o en su caso acusen las deficiencias del asiento o del reconocimiento en el procedimiento adecuado.

c) *Interpretación de la remisión al artículo 182.*—No puede inducir a confusión la remisión que el artículo 186 RRC hace al artículo 182 del mismo, ya que la remisión de aquel artículo está hoy limitada a los párrafos del artículo 182 que determinan los requisitos de la notificación y su reflejo en la inscripción de nacimiento, pero no al párrafo 2.º.

d) *Interpretación del artículo 49 LRC.*—El artículo 49 LRC, en cuanto impide la inscripción de la filiación no matrimonial cuando exista oposición de interesado notificado personal y obligatoriamente no puede invocarse aquí, ya que esta trascendencia de la oposición está circunscrita a los casos en que, por no existir todavía inscripción de reconocimiento, la filiación intenta acceder al Registro a través del expediente regulado en el mismo artículo.

24. RECONOCIMIENTO DE FILIACION NATURAL.—La aprobación judicial de un reconocimiento es asunto totalmente ajeno a la materia propia de los expedientes regidos por la legislación del Registro Civil y, por el contrario, típico de la jurisdicción voluntaria y de los órganos judiciales; la Dirección General no puede admitir el recurso contra el auto que deniega la aprobación judicial del reconocimiento. (Resolución de 20 de febrero de 1981.)

25. RECTIFICACION DE ERROR EN LA INSCRIPCION DE NACIMIENTO.—Por expediente gubernativo se puede suprimir en una inscripción de nacimiento la referencia al matrimonio de la madre y, en consecuencia a la paternidad del que figure como marido y consiguiente filiación legítima, cuando, según la correspondiente inscripción de defunción, el marido falleció varios años antes del nacimiento. (Resolución de 27 de marzo de 1981.)

26. RECTIFICACION DE ERROR EN UN APELLIDO.—Cuando de la confrontación de las inscripciones de nacimiento de los tres hermanos con la inscripción de nacimiento de su padre —que da fe de los apellidos de éste— demuestra que el primer apellido del padres es el compuesto «Fernández de la Cuesta», y en la inscripción de nacimiento de los hijos aparece sólo el de «Fernández»; ese error debe rectificarse por la vía del expediente gubernativo. (Resolución de 25 de marzo de 1981.)

27. RECTIFICACION DE ERRORES EN INSCRIPCION DE DEFUNCION.—Hay que rectificar el error cometido en la inscripción de defunción, al consignar que el difunto era soltero, cuando según la inscripción de matrimonio aparece como casado; rectificación ésta que es posible obtenerla en expediente gubernativo. (Resolución de 25 de febrero de 1981.)

28. TRASLADO DE INSCRIPCIONES.—En la legalidad hoy vigente no cabe el traslado de una inscripción de nacimiento practicada en el Registro municipal competente al Registro del domicilio de los padres adoptivos del nacido. (Resolución de 21 de mayo de 1981.)

DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: *Regulación restrictiva del traslado de inscripciones.*—El traslado de inscripciones se configura por las disposiciones en vigor (arts. 20 de la Ley y 76 a 78 RRC), como una facultad excepcional para casos expresos y determinados, y dado el sistema y finalidad de la Ley y el carácter excepcional y casuista de las disposiciones sobre la materia, no cabe ninguna clase de interpretación extensiva.



# JURISPRUDENCIA

## SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el Tomo XXXV, Fascículo 1, 1982, del ANUARIO, se inició la reseña y comentario de las Sentencias del Tribunal Constitucional, que inciden sobre materias propias del Derecho Privado, recogiéndose entonces las publicadas en suplementos al "B. O. E." durante el año 1981. Ahora se reanuda aquella sección respecto a las Sentencias publicadas durante 1982 (Suplementos a los Boletines de fechas: 14 de enero, 26 de febrero, 22 de marzo, 21 de abril, 18 de mayo, 9 de junio, 28 de junio, 16 de julio, 4 de agosto, 18 de agosto, 17 de noviembre, 10 de diciembre y 29 de diciembre) cuyo examen comienza en este número y continuará en otros sucesivos.

De conformidad con el objeto de este ANUARIO se mantiene el criterio de analizar únicamente las Sentencias relativas al Derecho Privado. A la conveniencia de ofrecer una visión del conjunto —unitario como el mismo Tribunal Constitucional— de su jurisprudencia se intentará atender mediante frecuentes referencias a los pronunciamientos contenidos en sentencias no directamente referidas a cuestiones de Derecho Privado, pero que puedan tener algún interés para éste.

**SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1981. Recursos de Amparo números 55, 56 y 57/81. Pleno. "B. O. E." del 14 de enero de 1982. PONENTE, don Luis Díez Picazo.**

### I. Antecedentes

Otorgadas las pertinentes escrituras de préstamos hipotecario por el Banco Hipotecario de España y diferentes sociedades mercantiles, ante los incumplimientos deudores aquella entidad oficial de crédito inició los respectivos procedimientos conforme a lo establecido en la Ley de 2 de septiembre de 1872, solicitando y obteniendo del Juzgado de Primera Instancia el oportuno requerimiento de pago al deudor, el secuestro y la posesión interina de la finca hipotecada y su enajenación en pública subasta.

Los deudores hipotecarios solicitaron del Juzgado que se les tuviera por partes en los procedimientos y que se les diera traslado de los escritos de iniciación, con el fin de oponerse en defensa de sus intereses, dictándose providencias que aceptaron la primera petición y rechazaron la segunda. Recurridas en reposición esas decisiones tanto por las sociedades deudoras (en cuanto que se les había negado el traslado impidiéndo-

seles formular oposición) como por el Banco Hipotecario (en la medida en que el Juzgado había admitido como parte a la respectiva sociedad deudora), frente a los autos desestimatorios de los recursos interpuestos por las sociedades deudoras (el recurso interpuesto por el Banco Hipotecario prosperó en dos de los tres casos acumulados por el Tribunal Constitucional y en el tercero fue desestimado), se acudió al amparo constitucional por violación del derecho a la tutela jurisdiccional, a la defensa y a la utilización de medios de prueba, protegido para cualquier clase de procesos por el artículo 24 de la Constitución.

## II. Doctrina del Tribunal Constitucional

1. *Pretensión directa de inconstitucionalidad sostenida por particulares.*—Puede admitirse una pretensión directa de inconstitucionalidad sostenida por particulares, aunque limitada a las Leyes que lesionen o coarten los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 al 30 de la Constitución, y a los casos en que el recurrente haya experimentado una lesión concreta y actual en sus derechos y siempre que sean inescindibles el amparo constitucional y la inconstitucionalidad de la Ley. (Fundamento jurídico 1.)

2. *Carácter de la ejecución hipotecaria frente al juicio ejecutivo ordinario.*—Hay una mejor posición procesal de los titulares de créditos hipotecarios respecto de quienes accionan títulos ejecutivos de otra índole. Característica común de los procedimientos cuestionados es la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de excepciones. Es un procedimiento de realización del valor de la finca hipotecada que parece de una fase de cognición. Tal estructura resulta lógica a partir de la naturaleza del título. La garantía del crédito hipotecario consiste en la sujeción del valor de la finca hipotecada, que es simplemente potencial, porque la realización del valor sólo puede producirse si se da la *condictio iuris* de que se incumpla la obligación asegurada. Producida tal “*condictio iuris*”, la sujeción potencial se actualiza y el valor se realiza. El procedimiento es una vía de apremio, en que el Juez realiza un derecho del acreedor, que éste no puede realizar por sí sólo porque se lo impide el principio de la paz jurídica. Es lógico que la actividad del Juez sea comprobar si subsiste el crédito (si subsiste la sujeción potencial) y si se ha producido la “*condictio iuris*” que la hace actual (si se ha cumplido la obligación), de modo que, acreditados registral y judicialmente ambos extremos, se pasa directamente a la enajenación de la finca. La ausencia de cognición parece tan esencial a la ejecución hipotecaria, que se halla presente por imperativo legal en la ejecución extrajudicial ante Notario. (Fundamentos Jurídicos 4 y 5.)

3. *Garantías procesales del deudor hipotecario.*—El hecho de que el procedimiento de ejecución sumario se caracterice, consecuentemente con la naturaleza del título, por la ausencia de contradicción procesal, no significa que produzca indefensión y que, en consecuencia, resulte anti-

constitucional por ser contrario al artículo 24 de la Constitución. La situación del deudor o del titular de la finca hipotecada no se pueden enjuiciar sólo a partir de la regulación de la ejecución, sino que viene decidida por el conjunto de relaciones procesales posibles. Lo expeditivo de la ejecución no elimina la posibilidad de contradicción que sigue abierta en el juicio ordinario. En rigor, la radical limitación de las excepciones no se refiere a la contradicción considerada en sí misma, sino a sus efectos suspensivos sobre la realización del valor: hay una limitación de las excepciones que pueden producir el efecto suspensivo y nada más. (Fundamento jurídico 6.)

4. *Garantías registrales; voluntariedad del sostenimiento a un procedimiento con elementos de cognición limitados.*—El constituyente de la hipoteca ha consentido la posición en que el título ejecutivo le sitúa, ya que tal posición deriva de un negocio jurídico. El nacimiento de la hipoteca se halla así sometido a la voluntad del constituyente en la fase anterior al Registro y en la propiamente registral. Este dato permite sostener que la contradicción en el sentido amplio del término, y la defensa frente a las pretensiones del acreedor, no solamente están garantizadas por el declarativo ordinario, sino que lo están también, durante la vida de la hipoteca, por lo que se puede llamar procedimiento registral, que permite al deudor oponerse a la inscripción o instar la cancelación de la hipoteca cuando concurren los requisitos para ello, así la favorecida posición del acreedor está compensada con las garantías registrales que la Ley concede al deudor para incidir en el nacimiento, subsistencia y extinción del título. Se puede afirmar que quien constituye una hipoteca se somete voluntariamente a un procedimiento con elementos de cognición limitados. Con ello no se quiere decir que la inconstitucionalidad quede eliminada por una renuncia al derecho, ya que tal renuncia no sería por sí sola suficiente para sanar el vicio. Aquí no hay renuncia a la tutela jurisdiccional. Mas no debe olvidarse que, al constituir la hipoteca, se consiente en que la defensa tenga una eficacia momentánea disminuida, por no ser apropiada para suspender la ejecución (Fundamento jurídico 7.).

### III. Fallo: Desestimación de los recursos de amparo interpuesto

#### IV. Comentario

Se ponía en cuestión ante el Tribunal Constitucional la compatibilidad con el artículo 24, C. E., no ya del procedimiento de ejecución hipotecaria específicamente establecido a favor del Banco Hipotecario de España, sino también del procedimiento de ejecución hipotecaria común. Así lo apreció la Sentencia (Fundamento jurídico 4), destacando cómo el litigio no se plantea desde el prisma de la igualdad —no se trata de determinar cuál sea el privilegio de que dispone el Banco Hipotecario de España—, lo que hubiera obligado a examinar la razonabilidad de la diferente regulación de la ejecución hipotecaria cuando el acreedor es aquella en

tidad oficial de crédito (1), extremo no abordado por las partes —al menos según el resumen de su respectivas posiciones que efectúa la propia Sentencia— y en el que tampoco se decide a entrar el Tribunal.

Tras situar históricamente tanto el procedimiento especial a favor del Banco Hipotecario como la incorporación a nuestro Ordenamiento —a través de la Ley Hipotecaria de Ultramar de 1895 y de la Ley Hipotecaria de 1909— de una regulación para las ejecuciones hipotecarias diferenciada del juicio ejecutivo ordinario, la Sentencia realiza un preciso análisis de las limitaciones que aquella regulación introduce en el principio de contradicción procesal. La concepción de la garantía hipotecaria como potencial sujeción del valor de la finca hipotecada supeditada a la *condictio iuris* del incumplimiento, viene a ponerse en relación con el principio de la paz jurídica que impide al acreedor la realización de su propio derecho, haciendo precisa una intervención judicial, cuya fase de cognición queda reducida a la comprobación de los dos presupuestos —subsistencia del crédito y realidad del incumplimiento— de la realización del valor.

Dato a destacar es el de que la apreciación de constitucionalidad desde el principio de no indefensión, se realiza con referencia no a los trámites de un procedimiento concreto, sino a la situación procesal que en su conjunto corresponde al titular de la reacción jurídica. Como indica el Fundamento 6 de la Sentencia: “La situación del deudor o del titular del dominio de la finca hipotecada no se puede enjuiciar sólo a partir de la regulación de la ejecución, sino que viene decidida por el conjunto de las relaciones procesales posibles”. Sólo desde esta perspectiva global cabe justificar la limitación de excepciones en el procedimiento de ejecución en base a la ausencia del efecto de cosa juzgada y a la posibilidad de acudir al declarativo ordinario.

A resaltar también la función que como garantía de la contradicción —“en el sentido amplio del término” (Fundamento 7), lo que parece suponer en un sentido extrajurisdiccional— se asigna al procedimiento registral, hasta concluir que las garantías registrales concedidas al deudor para incidir en el nacimiento, subsistencia y extinción del título compensan la “favorecida” posición del acreedor.

Esta interesante Sentencia aborda otras dos cuestiones, quizás con mayor trascendencia general en el orden jurídico-constitucional que para la resolución del caso concreto enjuiciado.

De un lado la irrenunciabilidad de los derechos constitucionales, señalándose en el Fundamento 7 que la hipotética renuncia (2) no sería por sí

(1) La doctrina del Tribunal Constitucional respecto al principio de igualdad se recoge en el comentario, que más adelante se hace, sobre la Sentencia 8/1982 de 4 de marzo. También, y en cuanto al principio de igualdad como criterio para el control por el Tribunal Constitucional de resoluciones judiciales, ver los pronunciamientos citados en el comentario a la Sentencia 14/1982, de 21 de abril.

(2) La declaración de voluntad, emitida dentro de un negocio jurídico, que lleva consigo la aplicación de las reglas de Derecho objetivo previstas en el ordenamiento para ese negocio, evidentemente no elimina la inconstitucionalidad que en aquellas reglas pueda apreciarse.

sola suficiente para sanar un eventual vicio de inconstitucionalidad en la regulación del procedimiento. Parece admitirse en cambio la validez y eficacia del consentimiento para una modulación de las condiciones de ejercicio del derecho fundamental: así aceptando que la defensa frente a la pretensión del acreedor hipotecario tenga una eficacia momentáneamente disminuida por no ser apropiada para suspender la ejecución.

Se admite en segundo lugar que los particulares puedan sostener pretensiones directas de inconstitucionalidad siempre que concurran las circunstancias señaladas en el Fundamento 1 de la Sentencia. ¿Resulta necesario acudir a la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, regulada en el artículo 163, C. E. y artículo 35 y siguientes, L. O. T. C.? A la inte-

---

En último término cabría entender planteado aquí un problema de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas, concretada a través del legislador que en la regulación del procedimiento de ejecución hipotecaria —cuya aplicación deriva de la autonomía privada manifestada en el negocio constitutivo de la hipoteca voluntaria— goza de una amplia libertad de configuración normativa, pero queda vinculado al respeto del contenido esencial del derecho fundamental reconocido en el art. 24 de la Constitución, sin que el ámbito que pueda reconocerse a la autonomía negocial alcance a convalidar la inconstitucionalidad en que incurriría el legislador si desconociera el derecho fundamental. Sobre este asunto, con amplias referencias a la doctrina alemana y a las posiciones contrapuestas sobre la eficacia inmediata o sólo mediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: EMBID IRUJO, A., *El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado* (en la obra colectiva "El Tribunal Constitucional", Dirección General de lo Contencioso, Madrid, 1981, volumen I, págs. 903 y ss.); DE LA CUADRA-SALCEDO, T., *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, "Cuadernos Civitas", Madrid, 1981; y PABÓN ACUÑA, J. M., *La llamada "Dritt wirkung" de los derechos fundamentales* (en la obra colectiva "El Poder Judicial", Dirección General de lo Contencioso", en prensa).

Por otro lado, la renuncia no tendría aquí "el carácter explícito, claro, inequívoco y terminante", no siendo lícito tampoco "deducirla de una conducta no suficientemente expresiva del ánimo de renunciar": Fundamento 9 de la Sentencia de 20 de julio de 1981 (Recurso de inconstitucionalidad núm. 38/1981, "B. O. E." del 13 de agosto de 1981) donde se aborda la difícil aplicación en el orden político constitucional de la doctrina de los actos propios. Desde esta misma perspectiva, referida a la indisponibilidad de competencias constitucionales más que a la de derechos subjetivos derivados de la Constitución, la Sentencia 26/1982 de 24 de mayo (Conflictivo positivo de competencia núm. 181/1981, "B. O. E" del 9 de junio de 1982) declara la inaplicación en el orden constitucional de la doctrina del acto consentido que respecto a la Jurisdicción contencioso-administrativa recoge el art. 40, a) de su ley reguladora.

Una solución coincidente con la apuntada en la sentencia que comentamos —sólo renunciabilidad, temporalmente acotada, de determinadas potestades derivada de un derecho fundamental— es sostenida por VON MUNCH, I., *La dignidad del hombre en el Derecho constitucional* ("Revista Española de Derecho Constitucional", año 2, núm. 5, pág. 27). En el mismo sentido —admitiendo la licitud del pacto por el que, obteniendo ciertas contraprestaciones, se contrae el compromiso de no ejercitar temporalmente un derecho fundamental— ver el Fundamento jurídico 14 de la Sentencia de 8 de abril de 1981 (Recurso de inconstitucionalidad núm. 192/1980, "B. O. E" del 25 de abril de 1981) respecto a la renunciabilidad en convenio colectivo del derecho a la huelga.

rrogante, expresamente planteada en la Sentencia, se le da, de modo implícito, una respuesta negativa. Así pues, en la vía judicial previa al amparo constitucional el órgano jurisdiccional que, como presupuesto previo a su aplicación, ha de entrar en el examen de la norma legal a aplicar, podrá:

a) Entender que la norma legal es inconstitucional. En esta hipótesis y tratándose de leyes preconstitucionales, la doctrina de la inconstitucionalidad sobrevenida (3) dejará abiertos a su vez dos caminos: el órgano jurisdiccional podrá o declarar, por sí mismo, producida la falta de vigencia de la norma por ser contraria a la Constitución, o plantear ante el Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad.

b) Considerar que la norma legal es ajustada a la Constitución y, con aplicación de la misma, desestimar la pretensión de amparo en vía judicial. Llegado el litigio al Tribunal Constitucional, si éste, a diferencia del órgano jurisdiccional, estima que la ley aplicada es contraria a la Constitución, deberá elevar la cuestión al Pleno que, con arreglo al artículo 55-2, LOT, podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley en una nueva Sentencia (4), si bien a tenor de la Sentencia 63/1982 de 20 de Octubre, la cuestión sólo ha de plantearse ante el Pleno cuando "el acto del poder que se anula sea consecuencia ineluctable de la aplicación de la norma", manteniendo en otro caso la vigencia de la norma que permite una "interpretación conforme" con la Constitución, extendiéndose la eficacia de la sentencia interpretativa "hasta que el legislador no de una nueva regulación de la materia más plenamente ajustada a la Constitución" (5).

(3) Sobre esta noción, formulada en las Sentencias de 2 de febrero de 1981 (recurso de inconstitucionalidad núm. 186/1980, "B. O. E." del 24 de febrero de 1981), de 31 de marzo de 1981 (recurso de amparo número 107/1980, "B. O. E." del 14 de abril de 1981), de 6 de abril de 1981 (recurso de amparo núm. 47/1980, "B. O. E." del 14 de abril de 1981) y de 29 de abril de 1981 (cuestión de inconstitucionalidad núm. 17/1981, "B. O. E." del 21 de mayo de 1981) ver los comentarios de ARAGÓN REYES, M., *La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al régimen local anteriores a la Constitución* ("Revista Española de Derecho Constitucional", año 1, núm. 1, págs. 188 a 205) y LÓPEZ GARRIDO, D., *Un año del Tribunal Constitucional: la fijación jurisprudencial de su función y competencias. El concepto de inconstitucionalidad sobrevenida* ("Revista de Derecho Político", núm. 13, págs. 199 a 213).

(4) Así, por ejemplo, la Sentencia de 10 de noviembre de 1981 (cuestión de inconstitucionalidad núm. 48/1981, "B. O. E." del 19 de noviembre de 1981) como consecuencia de la previa Sentencia de 6 de abril de 1981 que estimó un recurso de amparo. Ambas sentencias fueron ya comentadas en esta sección del ANUARIO, tomo XXXV, fasc. 1.º de 1982, páginas 218 y 219), aludiéndose en dicho comentario a los inconvenientes derivados del carácter no suspensivo que conforme al art. 55.2, L.O.T.C., tiene el planteamiento de esta cuestión.

(5) Sobre las distintas modalidades de "sentencias interpretativas" con amplias referencias a la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, proclive a este tipo de pronunciamientos, ver por todos PIZZORUSSO, A., *Las sentencias "manipulativas" del Tribunal Constitucional italiano* (en la obra colectiva "El Tribunal Constitucional", Dirección General de lo Contencioso, Madrid, 1981, volumen I, págs. 275 y ss.). La Sentencia 63/1982, de 20 de octubre (Recurso de amparo núm. 12/1982,

**SENTENCIA 8/1982 DE 4 DE MARZO. Cuestión de inconstitucionalidad número 243/1981. Pleno. "B. O. E." del 22 de marzo de 1982. Ponente, don Jerónimo Arozamena Sierra.**

## I. ANTECEDENTES

El señor A. presenta, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3, de Salamanca, demanda para que se declare la terminación de un contrato de arrendamiento rústico concertado con el señor B, cultivador personal de la finca. En la demanda, que conforme al artículo 131 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, sobre Arrendamientos Rústicos, se sustancia por los trámites del juicio de cognición, el actor sostiene que el párrafo segundo de la regla 1.<sup>a</sup> de la Disposición Transitoria Primera de dicha Ley 83/1980 ("No obstante, cuando se trate de cultivadores personales, en los términos que define el artículo 16 de la presente Ley, éstos tendrán derecho a las prórrogas que la misma determina hasta el límite de veintiún años contados desde la iniciación del contrato") al asignar eficacia retroactiva, para los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la repetida Ley, a la prórroga legal establecida en la misma, vulnera a los principios de irretroactividad y seguridad jurídica consagrados en el artículo 9.3 de la Constitución. El demandado señor B comparece negando la inconstitucionalidad de la Disposición Transitoria. El Juez, a propuesta del actor, oye a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad y dicta auto planteando dicha cuestión por considerar que la citada Disposición Transitoria 1.1, párrafo 2, de la Ley 83/1980 sobre Arrendamientos Rústicos, pudiera ser contraria a los artículos 9 y 14 de la Constitución (6).

En la tramitación de la cuestión ante el Tribunal Constitucional comparecieron el Abogado del Estado en representación del Gobierno, y el Fiscal General del Estado, sosteniendo uno y otro la constitucionalidad de la debatida Disposición Transitoria.

---

"B. O. E." del 17 de noviembre de 1982), citada en el texto, entendió que el art. 64 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa es compatible con la Constitución siempre que cuando existan titulares de derechos o intereses legítimos que hayan comparecido en el procedimiento administrativo se efectúe el emplazamiento no mediante anuncios que es lo ordenado con carácter general en el expresado art. 64—, sino personalmente, con aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dejando a un lado la viabilidad, en este caso, de una interpretación conforme a la Constitución, cabe preguntarse si el carácter preconstitucional de la norma enjuiciada hubiera permitido a la Sala del Tribunal Constitucional declarar la inconstitucionalidad sobrevenida del precepto, sin elevar al Pleno la cuestión (art. 55.2, L.O.T.C.) ni exigirse por tanto una nueva Sentencia.

(6) Dando nueva muestra de su criterio antiformalista, y con invocación del principio de economía procesal, el Tribunal Constitucional rechazó la causa de inadmisibilidad opuesta por el Ministerio Fiscal, a pesar de reconocer que el órgano jurisdiccional no había cumplido la exigencia del art. 35.2, L.O.T.C., puesto que el planteamiento de la cuestión no se produjo "una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia", sino prematuramente, una vez contestada la demanda y antes de celebrarse el juicio oral.

## II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. *Alcance del principio de irretroactividad.*—“Basta rememorar aquí los artículos 9.3 y 83,b de la Constitución, para convenir que el límite de la retroactividad “in peius” de las leyes no es general, sino limitado a las Leyes “ex post facto” sancionadoras o las restrictivas de derechos individuales. Por lo demás, la interdicción absoluta de la retroactividad conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento jurídico, a la petrificación de situaciones dadas, que son contrarias a la concepción que fluye del artículo 9.2”. (Fundamento jurídico 3.)

2. *Sentido de la prórroga legal de los arrendamientos rústicos.*—En cuanto es una norma de transición, según la cual el artículo 25 se aplica a los arrendamientos que se hallaban en vigor en el momento en que empezó a regir la Ley 83/1980, aquella, que es una norma determinadora de la Ley que ha de aplicarse a una de las modalidades arrendaticias, tiene carácter retroactivo frente a la irretroactividad que con carácter general se predica en el párrafo precedente. Pero esta retroactividad es en grado mínimo y responde a una constante de nuestra legislación arrendaticia, que junto a la duración mínima y la prórroga legal obligatoria para el arrendador y potestativa para el arrendatario, ha establecido la perdurabilidad de los arrendamientos, sin solución de continuidad, a partir del vencimiento de la duración legal, en los supuestos distintos que no es menester analizar aquí y que tiene su inicial tratamiento legal en cada una de las disposiciones adicionales primera, segunda y sexta de la Ley de 23 de julio de 1942 y en lo relativo a los supuestos objeto de protección en las Leyes de 4 de mayo de 1948 y 15 de julio de 1954. (Fundamento jurídico 4.)

3. *Configuración del contenido del derecho de propiedad en atención a la función social.*—La facultad de recuperar la finca poniendo fin a la posesión arrendaticia quedó, por la fuerza de los Decretos-Leyes, constreñida a lo que dispusiera la posterior Ley de Arrendamientos Rústicos de suerte que la restricción de los efectos conectados al contrato hay que ponerla en el legítimo límite que a la autonomía de la voluntad supone, primero, la fijación de una duración mínima de los contratos, y después las prórrogas legales, previstas en norma vigente al concertarse el arrendamiento o en norma posterior, justificadas por consideraciones sociales, presentes acentuadamente en aquellos arrendamientos en que el arrendatario es el cultivador directo. El precepto cuestionado con los demás que constituyen el estatuto de la propiedad agraria, configuran el derecho y con ello determinan los límites dentro de los cuales puede ejercerse dicho derecho, según la concepción que fluye del artículo 33.2 de la Constitución. Se configura así una modalidad contractual del arrendamiento rústico en la que relevantes aspectos de su contenido —en lo que ahora importa, la duración del contrato— se regulan por la norma y no por la libre voluntad, que de acuerdo con la función social de la propiedad ha determinado que la estabilidad del arrendatario prevalezca sobre el interés del arrendador. (Fundamento jurídico 5.)

4. *Inaplicación del principio de igualdad ante situaciones objetivamente distintas.*—La diferenciación de tratamiento que por lo demás responde a unos criterios constantes de protección de las relaciones arrendaticias caracterizadas por el cultivo personal, no es desde valoraciones tanto formales como sustanciales, atentatoria al principio de igualdad. La extensión de una norma favorable a los cultivadores y no a otros arrendatarios, con lo que esto significa de reducción de los intereses de unos propietarios y no de otros son tratamientos distintos para situaciones distintas. Una norma que da soluciones diferentes para situaciones que son objetivamente distintas no puede calificarse, en modo alguno, de atentatoria al principio de igualdad, sino más bien conforme a sustanciales exigencias valoradas por el legislador. (Fundamento jurídico 6.)

### III. FALLO

Desestimar la cuestión y declarar que el apartado segundo de la regla primera de la disposición transitoria primera de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, sobre Arrendamientos Rústicos, no es contrario a la Constitución.

### IV. COMENTARIO

En relación al principio de irretroactividad, tema éste de la eficacia retroactiva que en cuanto a las propias normas constitucionales ya ha sido reiteradamente abordado por el Tribunal Constitucional (7), resulta fundamental el pronunciamiento contenido en el Fundamento 10 de la Sentencia de 20 de julio de 1981 (Recurso de inconstitucionalidad número 38/1981. Pleno. "B. O. E." del 13 de agosto de 1981. Ponente, señor Fernández Viagras), cuyos principales extremos se reproducen a continuación.

"Los principios constitucionales invocados por los recurrentes: irretroactividad, seguridad, interdicción de la arbitrariedad, como los otros que integran el artículo 9.3 de la Constitución —legalidad, jerarquía normativa, responsabilidad— no son compartimentos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promoverlo los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho.

En especial lo que acabamos de afirmar puede predicarse de la seguridad jurídica que es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que si se agotara en la adición de estos principios no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad".

---

(7) Así, en las Sentencia de 2 de febrero, 31 de marzo, 8, 6 y 29 de abril de 1981, 26/1982, de 26 de mayo, 31/1982 de 3 de junio, 34/1982, de 10 de junio y 67/1982, de 15 de noviembre.

No puede decirse sin más que retroactividad engendre inconstitucionalidad. “El Ordenamiento jurídico por su propia naturaleza se resiste a ser congelado en un momento histórico determinado: ordena relaciones de convivencia humana y debe responder a la realidad social de cada momento, como instrumento de progreso y perfeccionamiento. Normalmente lo hace así al establecer relaciones *pro futuro*. Pero difícilmente una norma puede evitar que la regla de futuro incida sobre relaciones jurídicas preexistentes, que constituyen el basamento de las relaciones venideras, y es por ello que a menudo tales normas deben contener unas cautelas de transitoriedad que reglamentan el ritmo de la sustitución de uno por otro régimen jurídico. La incidencia de la norma nueva sobre relaciones consagradas puede afectar a situaciones agotadas. Entonces puede afirmarse que la norma es retroactiva, porque el tenor del artículo 2.3 del Código civil no exige que expresamente disponga la retroactividad, sino que ordene que sus efectos alcancen a tales situaciones. Pero la retroactividad será inconstitucional sólo cuando se trate de disposiciones sancionadoras no favorables o en la medida que restrinja derechos individuales”.

“Desde el punto de vista de la constitucionalidad, debemos rehuir cualquier intento de aprehender la huidiza teoría de los derechos adquiridos, porque la Constitución no emplea la expresión derechos adquiridos, y es de suponer que los constituyentes la soslayaron, no por modo casual, sino porque la defensa a ultranza de los derechos adquiridos no casa con la filosofía de la Constitución, no responde a exigencias acordes con el Estado de Derecho que proclama el artículo 1 de la Constitución; fundamentalmente porque esa teoría de los derechos adquiridos, que obliga a la Administración y a los tribunales cuando examinan la legalidad de los actos de la Administración no concierne al Legislativo ni al Tribunal Constitucional cuando procede a la función de defensa del ordenamiento como intérprete supremo de la Constitución. Cuando se trata de la defensa del ordenamiento constitucional hemos de tener en cuenta que el concepto de derecho individual no puede confundirse con el “ius quasitum”; el 9.3 —en todo o en parte— alude a derechos fundamentales del Título I y, para algunos, parece incluso excesivo que el principio constitucional de la irretroactividad alcance a las Leyes, restringiéndolo a los Reglamentos. El principio de irretroactividad del artículo 9.3 en cuanto a las Leyes, concierne sólo a las sancionadoras no favorables, y a las restrictivas de derechos individuales en el sentido que hemos dado a esta expresión. Fuera de ello, nada impide, constitucionalmente, que el legislador dote a la Ley del ámbito de retroactividad que considere oportuno.

En todo caso ya hemos sugerido que la irretroactividad de la disposición restrictiva de derechos no puede ser trascendida del tema de la interdicción de la arbitrariedad. El juicio de la arbitrariedad suele remitirse a la actuación del Ejecutivo, más concretamente a la actuación de la Administración Pública. En este sentido arbitrario equivale a no adecuado a la legalidad, y ello tanto si se trata de actividad reglada —infracción de la norma— como de actividad discrecional —desviación de poder—, etcétera. Pero la Constitución se refiere a todos los poderes públicos y al

hacerlo así introduce —como alguien ha dicho— un arma revisora en manos de los tribunales ordinarios y del propio Tribunal Constitucional. Cuando se habla de la arbitrariedad del Legislativo no puede tratarse de la adecuación del acto a la norma, pero tampoco puede reducirse su examen a la confrontación de la disposición legal controvertida con el precepto constitucional que se dice violado.

El acto del Legislativo se revela arbitrario, aunque respetara otros principios del 9.3, cuando engendra desigualdad. Y no ya desigualdad referida a la discriminación —que ésta concierne al artículo 14—, sino a las exigencias que el 9.2 conlleva, a fin de promover la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, finalidad que en ocasiones exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la Ley”.

Por lo demás, en la Sentencia 8/1982, de 4 de marzo, la retroactividad en grado mínimo apreciada en el párrafo segundo de la disposición transitoria 1.1 de la Ley 83/1980 se conecta por el Tribunal Constitucional al concepto de “configuración” del derecho subjetivo, noción especialmente perfilada para la propiedad inmobiliaria urbana —positivada en los artículos 76 y 87 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana—, pero extensiva a la propiedad rústica puesto que en definitiva arranca del principio constitucional de la función social de la propiedad y de los límites que dicha función social impone a la autonomía negocial.

Reitera, por último, la Sentencia que comentamos la doctrina que respecto a los límites del principio de igualdad se declaró ya en el Fundamento 3, de la Sentencia de 2 de julio de 1981 (Cuestión de inconstitucionalidad núm. 223/1981, “B. O. E.” del 20 de julio de 1981): “La pretendida inconstitucionalidad descansa, pues, en el supuesto de que toda discriminación vulnera el principio de igualdad. Ahora bien, aunque es cierto que la igualdad jurídica, reconocida en el artículo 14 de la Constitución, vincula y tiene como destinatario no sólo a la Administración y al Poder Judicial, sino también al Legislativo, como se deduce de los artículos 9 y 53 de la misma, ello no quiere decir que el principio de igualdad contenido en dicho artículo implique en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado, en relación con el artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación. El artículo 14 del Convenio Europeo —declara el mencionado Tribunal en varias de sus sentencias— no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una reacción razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”. Esta doctrina, reiterada en el Fundamento 4 de la Sentencia de 10 de julio de 1981 (recurso de amparo núm. 135/1980, “B. O. E.” del 20 de julio de 1981: “Dicho

principio de igualdad ha de entenderse en función de las circunstancias que concurren en relación a cada supuesto concreto en relación con el cual se invoca. Puede decirse, pues, que el principio de igualdad encierra una prohibición de discriminación, de tal manera que ante situaciones iguales deben darse tratamientos iguales. Sólo podría aducirse la quiebra del principio de igualdad, cuando dándose los requisitos previos de una igualdad de situaciones entre los sujetos afectados por la norma, se produce un tratamiento diferenciado de los mismos en razón a una conducta arbitraria o no justificada de los poderes públicos"), resulta desarrollada en el Fundamento 3-B de la Sentencia de 10 de noviembre de 1981 (cuestión de inconstitucionalidad núm. 48/1981, "B. O. E." del 19 de noviembre de 1981): "el principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo 14 hace referencia inicialmente a la universalidad de la Ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede venir incluso exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del Ordenamiento como son la justicia y la igualdad (art. 1) a cuyo efecto atribuye además a los Poderes Públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (art. 9.2). Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, como declara de forma expresa el art. 14 de la Constitución; es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable. La apreciación de en qué medida la Ley ha de contemplar situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente o, desde otra perspectiva, que no deban ser tratadas igualmente, queda con carácter general confiada al legislador. Pero tal valoración tiene unos límites ya que no puede dar lugar a un resultado que vaya contra derechos y libertades reconocidos en la Constitución (art. 53.1) ni en general contra cualquier precepto o principio de la misma (art. 9, núms. 1 y 3, relativos a la sujeción a la Constitución de todos los poderes públicos y a la interdicción de la arbitrariedad); ni como resulta obvio contra la esencia del propio principio de igualdad que rechaza toda desigualdad que por su alcance sea irrazonable y por ello haya de calificarse de discriminatoria" (8).

---

(8) A esta Sentencia de 10 de noviembre de 1981 se formularon dos votos particulares cuyos párrafos más significativos se transcriben a continuación: "Si los supuestos de hecho son razonablemente desiguales no hay ninguna tacha constitucional que oponer a la desigualdad de las consecuencias jurídicas y, contra lo que la sentencia dice, el carácter razonable hay que buscarlo en la diferenciación de supuestos de hecho y no en la distinción de consecuencias jurídicas. Si lo que se quiere examinar en cada caso es el carácter razonable y justificado de cualquier consecuencia jurídica que el legislador conecte con cualquier supuesto de hecho que pueda entrar en comparación con otro —cosa siempre obviamente posible— el principio de igualdad y el control de constitucionalidad que conlleva corren el riesgo de convertirse en control valorativo de la justicia de las soluciones legislativas, lo que a mi juicio no es, en puridad, competencia del Tribunal. La referencia a la naturaleza de las cosas, al carácter razonable y a otros parámetros semejantes a los que se suele

Los criterios expresados, frecuentemente aludidos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (así, por ejemplo, en el Fundamento 2 de la Sentencia 7/1982 de 26 de febrero, "B. O. E." del 22 de marzo, o en el Fundamento 4 de la Sentencia 67/1982 de 15 de diciembre, "B. O. E." del 10 de diciembre) son objeto de nuevas precisiones en los Fundamentos 2 y 3 de la Sentencia 59/1982 (recursos de amparo números 30 y 39/1981, "B. O. E." del 18 de agosto de 1982): Hay que preguntarse si la desigualdad existente tiene o no relevancia jurídica y si está justificada. La respuesta negativa a cualquiera de estas dos preguntas privará a la cuestión de toda trascendencia desde el punto de vista constitucional. Para afirmar que una situación de desigualdad de hecho, no imputable directamente a la norma, tiene relevancia jurídica, es menester demostrar que existe un principio jurídico del que deriva la necesidad de igualdad de trato entre los desigualmente tratados. Esta regla o criterio igualitario puede ser directamente sancionado por la Constitución (por ejemplo, por vía negativa, a través de las interdicciones concretas que se señalan en el art. 14), arrancar de la Ley o de una norma escrita de inferior rango, de la costumbre o de los principios generales del Derecho. En el entendimiento de los concretos criterios de igualdad que puedan dimanar de las distintas fuentes del Derecho de rango legal o subordinado a la Ley, el Tribunal Constitucional ha de tener en cuenta los

---

recurrir para delimitar la igualdad, permite una fácil inclinación hacia el iusnaturalismo, que debe ser cuidadosamente evitado por una jurisdicción constitucional. La igualdad es igualdad en la ley positiva y significa que a igualdad de hechos hay igualdad de consecuencias jurídicas. Por ello no es posible reducir cada uno de los supuestos de hecho o cada una de las normas en cuestión a un principio general del derecho, no expresamente formulado por la ley, para decidir la igualdad en él o con arreglo a él, porque entonces no se trata de igualdad ante la ley, sino de igualdad ante los principios, cosa que a quien esto escribe le parece perfecta en términos valorativos, pero no como aplicación del art. 14 de la Constitución ni como tarea general de este Tribunal" (Voto particular de don Luis Díez Picazo). "Es claro, en efecto, que el principio constitucional de igualdad obliga al legislador a no establecer diferencias que no estén justificadas por razones cuya legitimidad deriva de su conexión, mediata o inmediata, con una finalidad constitucionalmente legítima. De acuerdo con ello y sin negar la vinculación necesaria entre igualdad y pluralidad, es también claro que el juicio sobre la adecuación de un precepto cualquiera al principio de igualdad exige analizar las razones por las que el legislador ha creído necesario singularizar una determinada situación para contrastar a continuación tales razones con la finalidades constitucionalmente legítimas en las que pueden ampararse y resolver en último término sobre la proporcionalidad que guarda el fin perseguido con la diferenciación establecida en la determinación de situaciones fácticas, en la asignación de consecuencias jurídicas o en ambas cosas. El primer paso de tal juicio es, claro está, el de la determinación precisa del precepto que origina la presunta desigualdad y una manera abreviada de llevarlo a efecto es la de contrastar tal precepto con la norma general, si la hay, respecto de la que se establece la diferencia. En la sentencia, de la que disiento, ni se individualiza correctamente, en mi opinión, la norma presuntamente diferenciadora, ni, una vez individualizada, se la contrasta con norma alguna sino con un principio extraído por inducción incompleta de algunas de las normas a considerar" (Voto particular de don Francisco Rubio Llorente).

criterios interpretativos seguidos por los órganos administrativos, y en su caso, judiciales, competentes para la aplicación e interpretación de las respectivas normas, para rechazarlos sólo si son irrazonables como puede ocurrir en los casos de contradicción. El Tribunal Constitucional puede, asimismo, hacer uso de los criterios de igualdad obtenidos por los Tribunales ordinarios en la aplicación de las normas para completar su extensión temporal allí donde lo exija la propia dimensión del principio, de lo que constituye un buen ejemplo la sentencia, ya citada, 7/1982, según se infiere, sobre todo, de su Fundamento sexto. Cualquier excepción o limitación del criterio de igualación ha de tener una justificación razonable, que corresponde al Tribunal Constitucional examinar.

Digna de resaltar, por último, es la matización contenida en el Fundamento 4 de la Sentencia 68/1982 de 22 ed noviembre, recurso de Amparo núm. 87/1982, "B. O. E." del 29 de diciembre de 1982): "El hecho de que exista una diferencia en el trato jurídico o en los regímenes jurídicos aplicables a una u otra clase de personas no significa por sí sólo violación del art. 14 de la Constitución como ya hemos dicho en muchas ocasiones, siempre que la diferencia que se introduce posea una justificación razonable de acuerdo con el sistema de valores que la Constitución consagra, siendo además de destacar que si existe una diferencia de trato jurídico y se solicita la aplicación del art. 14, compete a los órganos del Estado demandados en el procedimiento constitucional la carga de ofrecer la justificación que el diferente trato legal posee".

**SENTENCIA 13/1982 DE 1 DE ABRIL. Recurso de amparo número 179/1980. Sala Primera. "B. O. E." del 21 de abril de 1982. Ponente, señor Díez de Velasco Vallejo.**

**I) Antecedentes.**

Acordada por la jurisdicción eclesiástica la separación de un matrimonio canónico por causa de sevicias imputables a ambos cónyuges, la jurisdicción civil ordinaria, en auto resolutorio sobre medidas provisionales de separación, acordó confiar la guarda y custodia de los hijos a la esposa. Interpuesta demanda incidental de modificación de medidas provisionales por el marido solicitando que se le confiassen los hijos, el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia accedió a ello. Pero interpuesta por la esposa apelación en ambos efectos, la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid estimó la apelación confirmando a la esposa en la guarda y custodia de los hijos en atención al Considerando que literalmente se transcribe:

"En efecto, la madre tiene externamente, incluso ante estos hijos, un proceder desordenado, que (aun no calificando si realmente muestra una conducta internamente mala) no es compatible con el buen ejemplo y proceder acerca de la educación de dichos menores. Pero en esta segunda dejado de ser un principio general de derecho que ha de informar la acción atribuye falta de virilidad, contradicha por el nacimiento de estos dos hijos, pero se le atribuye un defecto por homosexualidad; defecto que

no está probado pero tampoco contradicho en Autos. Por todo lo cual, pese a los defectos probados de la madre, ante la gravedad de la referida sospecha en cuanto al padre, conviene continuar el actual estado de cosas, manteniendo la guarda de los menores a la madre, máxime visto que la sentencia recurrida en este trámite la dictó el Juzgado sin tener a la vista los detalles acerca de dicha sospecha contra el padre aportados en esta instancia y recurso".

El marido interpuso recurso de amparo constitucional frente a la sentencia de la Audiencia que, al atribuirle la condición de homosexual, habría infringido el derecho al honor y a la propia imagen consagrado en el art. 18.1 de la Constitución y, al no considerar probada tal aseveración, el derecho a la presunción de inocencia contenido en el art. 24.1 de la Constitución.

## II) Doctrina del Tribunal Constitucional.

1. *Inclusión de la presunción de inocencia en el ámbito del amparo:* Una vez consagrada constitucionalmente la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general de derecho que ha de informar la actividad judicial ("in dubio pro reo") para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata, tal y como ha precisado este Tribunal en reiteradas sentencias. En este sentido la presunción de inocencia está explícitamente incluida en el ámbito del amparo y al Tribunal Constitucional corresponde estimar en caso de recurso si dicha presunción de carácter "iuris tantum" ha quedado desvirtuada. (Fundamento jurídico 2).

2. *Aplicación de la presunción de inocencia no sólo en materia penal, sino respecto de toda resolución, administrativa o jurisdiccional, de la que deriven resultados sancionatorios o limitativos de derechos:* El derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos (Fundamento jurídico 2).

3. *La discrecionalidad se encuentra limitada por la observancia de la Constitución:* Nuestro Ordenamiento jurídico, consciente de las extraordinarias dificultades que ha de afrontar el juzgador en materia matrimonial y lo delicado de la apreciación de cuantos datos se aportan al proceso para determinar la conducta de los cónyuges en orden a la atribución de la guarda de los hijos, faculta a aquél para actuar con una discrecionalidad que le permita adoptar la resolución que entienda más adecuada y beneficiosa para la protección de todos los derechos en conflicto (art. 68, entonces vigente, del Código civil). No obstante la discrecionalidad tiene sus límites, entre los cuales figura la observancia de la Constitución y por tanto de los principios generales contenidos en la misma como es el de presunción de inocencia (art. 24.2), no pudiendo

desconocerse tampoco que en el contexto de las normas entonces vigentes la inocencia o culpabilidad de cada esposo jugaba un papel determinante para la atribución de la guarda y custodia de los hijos cuando se conocían a través de las correspondientes sentencias de separación (artículo 73.2 del Código civil) (Fundamento jurídico 3).

4. *Vulneración del derecho a la presunción de inocencia*: No se limita, por tanto, la referida sentencia de la Audiencia a reflejar el que en el curso del procedimiento de apelación se haya aportado una demanda de nulidad conteniendo una acusación de homosexualidad contra el esposo, lo que en sí no sería criticable si se entiende en el contexto de los elemento valorativos que coadyuvan al fallo, sino que ha vinculado dicha sospecha a unos efectos judiciales adversos a las pretensiones del demandante, que acaba de obtener la guarda de los hijos por anterior resolución del Juzgado de Primera Instancia. De esta forma, una imputación de parte, que se dice no probada, recibe un específico reconocimiento en la práctica por parte del órgano jurisdiccional, que le atribuye una virtuallidad suficiente como para, sobre ella, revocar el fallo del Juzgado de Primera Instancia (Fundamento jurídico 4).

III) Fallo: Estimar el recurso de amparo, anulando la sentencia de la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid y reponiendo las actuaciones al momento de dictar nueva sentencia.

IV) Comentario.

El interés de esta sentencia, más que en su tratamiento de los problemas que suscita la asignación de la guarda y custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia familiar (9), se encuentra en la amplia aplicación del derecho a la presunción de inocencia, extendido a cualquier actuación de los poderes públicos consistente en apreciar la condición o la conducta de una persona, de cuya apreciación resulten no ya consecuencias sancionatorias sino cualquier limitación de derechos.

Por otro lado, la revisión constitucional de la resolución judicial se apoya en la doctrina sentada en la Sentencia de 28 de julio de 1981 (recurso de amparo 113/1980, "B. O. E." del 13 de agosto de 1981) y reiterada en el Fundamento 7-D de la Sentencia 62/1982, de 11 de octubre (recursos de amparo números 185/1980 y 402/1981, "B. O. E." del 17 de noviembre de 1982): "El principio de libre valoración de la prueba supone que los distintos elementos de prueba pueden ser ponderados libremente por el Tribunal de instancia, a quien corresponde en consecuen-

(9) El Tribunal Constitucional ha abordado asuntos de Derecho matrimonial en la Sentencia de 26 de enero de 1981, ya comentada en esta sección del ANUARIO (tomo XXXV, fasc. 1.<sup>o</sup>, 1982, págs. 212 a 215), y en las Sentencias 66/1982, de 12 de noviembre (recurso de amparo núm. 131/1982, "B. O. E.", del 10 de diciembre de 1982) y 73/1982, de 2 de diciembre (recurso de amparo núm. 73/1982, "B. O. E." del 29 de diciembre de 1982) que en un próximo número del ANUARIO serán debidamente reseñadas.

cia valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo, si bien para que dicha ponderación pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia es preciso una mínima actividad probatoria producida con las debidas garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo". Evidentemente, en este caso la propia sentencia de la Audiencia reconocía la insuficiencia de la actividad probatoria desplegada en el proceso.

Al haberse apreciado la infracción del derecho a la presunción de inocencia el Tribunal Constitucional no entró en el otro motivo alegado, quedando así sin resolver la supuesta infracción del art. 18.1 de la Constitución. Es digno de resaltar en todo caso el criterio expuesto por el Ministerio Fiscal: "Toda resolución judicial entraña de alguna forma la negación o puesta en entredicho de la credibilidad de las afirmaciones de las partes, e incluso en ocasiones, el órgano jurisdiccional tiene que hacer declaraciones que implican una descalificación de valores personales, sin que ello justifique una petición de amparo fundada en la violación de derechos constitucionales".

**SENTENCIA 14/1982 DE 21 DE ABRIL. Recurso de Amparo número 373/1981. Sala 2.<sup>a</sup>. "B. O. E.", del 18 de mayo de 1982. Ponente, don Jerónimo Arozamena Sierra.**

I) Antecedentes.

En un procedimiento de suspensión de pagos, A, uno de los acreedores, solicitó que para llegar a convenio con el deudor se utilizara el procedimiento regulado en los artículos 18 y ss. de la Ley de 26 de julio de 1922, a lo que accedió el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia concediendo plazo para la presentación de la proposición de convenio con la adhesión de acreedores en número suficiente obtenida de forma auténtica. Hecha la presentación, B, C, D y E, también acreedores de la suspensa, formulan oposición en base a las causas primera (defectos en la forma prevista para la convocatoria, la celebración, deliberación y acuerdos de la Junta) y segunda (falta de personalidad de algunos acreedores) del art. 16 de la Ley de Suspensión de Pagos, entendiendo que la remisión efectuada en el art. 19, *in fine* (cuando dice que "la oposición al convenio se regulará por el procedimiento establecido en los artículos 16 y 17") permitía la invocación de aquellas causas como fundamento de la oposición a la propuesta de convenio tramitada por el procedimiento del art. 18.

El Juez de 1.<sup>a</sup> Instancia rechazó la oposición y aprobó el convenio, argumentando que en los artículos 18 y 19 de la Ley de 1922 se omite intencionadamente la necesidad de citación a los acreedores para una Junta que no va a celebrarse; que en la adhesión a la propuesta concuerrió el *quorum* exigido para la aprobación del convenio, y que la personalidad de los acreedores adheridos se encontraba acreditada. En apelación, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona confirmó la sentencia del Juzgado. Interpuesta súplica se declaró no haber

lugar a la misma, e intentado el recurso de casación el mismo no fue admitido ni por la Audiencia Territorial ni por el Tribunal Supremo aduciendo el art. 17 de la Ley de Suspensión de Pagos que para estos casos sólo previene el recurso de súplica.

B, C, D y E presentan recurso de amparo constitucional por entender que las resoluciones judiciales reseñadas vulneran el principio de igualdad consagrado en el art. 14, C. E., puesto que la misma Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, en Sentencias de 17 de abril de 1969 y 13 de noviembre de 1973, mantuvo una interpretación distinta de los artículos 10, 11, 16, 17, 18 y 19 de la Ley de Suspensión de Pagos. Aducen además infracción del art. 24, C. E., sosteniendo que la falta de citación para la Junta de acreedores y la admisión de adhesiones no ajustadas a la Ley, entrañan vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional y a las garantías procesales. La inadmisión del recurso de casación, pese a tratarse de supuesto no incluido en el art. 1.694 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, implicaría también privación de una garantía procesal. Por último, estiman que los arts. 16 (que no admite la casación) y 18 y ss. (que regulan un procedimiento escrito para la obtención del convenio) han quedado derogados por la Constitución, proponiendo que se eleve la cuestión al Pleno del Tribunal para que éste se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de la Ley de Suspensión de Pagos.

## II) Doctrina del Tribunal Constitucional.

1. *Aun después del trámite de adhesión cabe sentencia denegatoria del amparo pretendido por falta de presupuestos procesales en la acción de amparo:* El examen de los presupuestos procesales debe hacerse en este momento, previamente al enjuiciamiento del fondo, sin que el carácter tasado de los pronunciamientos previstos en el art. 53 de la L.O.T.C. se erijan en obstáculos que veden, en tiempo distinto del previsto para la admisión, un pronunciamiento denegatorio por la falta de presupuestos procesales en la acción de amparo (Fundamento jurídico 1).

2) *Cómputo procesal, con exclusión de días inhábiles, del plazo para el ejercicio de la acción de amparo:* El que se apliquen estas mismas reglas al cómputo del plazo de la acción de amparo, plazo que arranca por lo general de la notificación de una resolución procedente y que por tanto se excluyan los inhábiles y en su caso en el señalado por meses se prolongue, cuando concluyese un día inhábil, al siguiente día hábil, y no la regla del cómputo civil, responde a sólidas justificaciones que tienen también a su favor el principio de interpretación más favorable en el acceso jurisdiccional para la defensa de derechos y libertades. El que la regla pueda ser distinta para los casos de inhabilidad relativa, en que son posibles —y obligadas en ciertos casos— actuaciones jurisdiccionales como ocurre en el período en que vaca este Tribunal, es otra cuestión, que no es preciso examinar en esta ocasión (Fundamento jurídico 3).

3. *Concepto de "recursos utilizables dentro de la vía judicial" cuyo agotamiento constituye raíz del cómputo para el ejercicio de la acción de*

*amparo constitucional*: como se dijo en la Sentencia de 30 de marzo de 1981 ("B. O. E." de 14 de abril de 1981) la expresión "recursos utilizables" del art. 44,1,a), L.O.T.C. debe entenderse dentro de los términos razonables propios de quien asume la dirección letrada en cada asunto concreto (Fundamento jurídico 4). (10).

4. *Necesaria relevancia constitucional de las cuestiones a plantear al Tribunal Constitucional*: Bajo el primer alegato plantean los demandantes una cuestión que tiene en el recurso de queja ante el Tribunal Supremo su cauce resolutorio, y que versa sobre una interpretación de leyes, propia del enjuiciamiento de los Tribunales ordinarios, tal como proclama el art. 117.3 de la Constitución, pues es a éstos a los que compete el control de la violación de las leyes, aunque ciertamente, a veces, el enjuiciamiento constitucional que corresponde a este Tribunal, demande la previa consideración de una Ley (Fundamento jurídico 5). Hay que tener en cuenta que el control por la vía jurisdiccional ordinaria y por la constitucional no tienen la misma extensión jurisdiccional, pues el Tribunal Constitucional no controla la violación de la Ley, sino sólo la violación de la Constitución (Fundamento jurídico 6).

5. *Principio de igualdad como criterio de revisión constitucional de resoluciones judiciales*: Como ya dijimos en la Sentencia de 30 de marzo de 1981 ("B. O. E" de 14 de abril de 1981) "en la aplicación jurisdiccional de la Ley puede existir violación del principio de igualdad cuando un mismo precepto se aplique en casos iguales con notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias (esto es, no fundamentadas en razones jurídicamente atendibles) o con apoyo de alguna de las causas de discriminación, explícita o genéricamente incluidas en el art. 14 de la Constitución". La adecuación de la interpretación a las exigencias del caso, o la corrección de errores interpretativos o la adaptación del sentido de la norma a las exigencias de la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicable, no entraña esa desigualdad arbitraria denunciable invocando el art. 14 de la Constitución (Fundamento jurídico 7).

6. *Carencia de legitimación de los particulares para promover acciones de inconstitucionalidad*: Ciento que nuestra L.O.T.C., manteniendo el principio que excluye del amparo las leyes (art. 42), arbitra soluciones para que en el caso de que la violación constitucional esté en una ley, y por aplicación de ésta, en el acto que ha dado lugar al amparo, pueda

---

(10) "Este Tribunal viene señalando que los recursos que deben agotarse en la vía judicial, cuando en dicha vía se ha producido en virtud de un acto de los Tribunales una lesión de los derechos fundamentales de la persona reconocidos por la Constitución, no son todos los recursos imaginables en un examen de todo el ordenamiento procesal, sino aquéllos que pueden conducir a remediar la lesión, y el recurso de casación, cuyo carácter extraordinario no puede ponerse en tela de juicio y que se articula además en defensa de la legalidad ordinaria, no se encuentra entre los que la persona que ha visto sus derechos constitucionales vulnerados, tiene que agotar previamente para acudir a la vía de amparo". Fundamento jurídico 1 de la Sentencia 73/1982, de 2 de diciembre de 1982. Recurso de amparo núm. 197/1982, "B. O. E." del 29 de diciembre de 1982.

efectuarse el efecto invalidatorio *erga omnes* que es propio del recurso de inconstitucionalidad como hemos dicho en otros procesos (ver Fundamento jurídico 1 de la Sentencia de 18 de diciembre de 1981, "B. O. E." de 14 de enero de 1982, comentada en este mismo número). Mas aquí no se ha denunciado, en momento hábil, que las resoluciones judiciales incidan en vulneración de los artículos 14 y 24 de la Constitución porque se ha aplicado una legislación conciliadora de esos preceptos; lo que se ha dicho es que tales resoluciones quebrantan distintos preceptos de la Ley de Suspensión de Pagos —cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada en vía judicial—. De este planteamiento resulta que lo ahora promovido es una acción de inconstitucionalidad insertada indebidamente en un proceso de amparo, para lo que, obviamente, carecen los actores de legitimación.

### III) Fallo: Denegación del amparo.

**SENTENCA 20/1982 DE 5 DE MAYO. Recurso de Amparo número 405/1981. Sala 2.a. "B. O. E." del 18 de mayo de 1982. Ponente, don Luis Díez Picazo.**

#### I) Antecedentes.

Mediante documento privado la señora A, viuda, vendió dos viñas, designándose en el documento privado como comprador a B, pero firmando el señor C junto a dos testigos.

El señor D promueve juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra los señores C, B y la señora A, solicitando la declaración judicial de inexistencia o nulidad de aquel contrato y la condena al señor C, que se encontraba en la posesión de las fincas, a entregarlas al demandante, quien afirmaba actuar en nombre y representación de la comunidad hereditaria del señor E, difunto consorte de la señora A.

En apoyo de su pretensión, el señor D alegaba que las fincas vendidas no eran en el momento de la venta propiedad de la señora A, sino que, al menos en alguna parte indivisa, pertenecían a la sociedad de gananciales formada por el señor E y la susodicha señora A. Inicialmente, las fincas habían pertenecido al matrimonio formado por el padre y la madre de la señora A. Fallecido el padre de ésta se adjudicó una cuota a su esposa y otra a su hija, la señora A. Pero a su vez, el señor E compró a su suegra la parte que le correspondía. En consecuencia, las fincas pertenecían en una cuota a la señora A, pero en otra a la sociedad de gananciales compuesta por el señor E y la señora A y, dado que ésta última había enajenado las fincas como propietaria absoluta, el contrato debía reputarse nulo, aduciendo en este sentido el artículo 1.259-2 C. c. Además se argumentaba la nulidad por inexistencia de precio, no fijado en el contrato, en el que tampoco aparecía baremo o criterio ninguno de donde poder deducirlo.

No comparecieron en el pleito ni el señor B ni la señora A, sustanciándose pues el litigio entre el señor D y el señor C, resolviéndose por

el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia admitir la legitimación del señor D como titular de un interés protegible en la nulidad pretendida (11). Sin embargo, como la afirmación sobre la propiedad de las fincas por el difunto señor E se intentó acreditar mediante documentos privados —la partición de la herencia del señor E y la compraventa que el propio señor E realizó a su suegra— no adverados y por tanto carentes de eficacia, se desestimó la demanda.

En apelación, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid entendió que los documentos privados adquieran autenticidad y producen efectos en cuanto a terceros desde que se hubieran incorporado o inscrito en el Registro Público. Pero el artículo 1.225 C. c. no niega fuerza probatoria a los documentos privados no reconocidos legalmente que no hayan adquirido formalmente autenticidad, pudiendo apreciarse como prueba en unión de otros elementos de juicio, especialmente cuando no han sido tachados de falsos. En consecuencia se consideró acreditado que las fincas pertenecían como ganancial al matrimonio formado por el señor E y la señora A, y no resultando demostrado que en el momento de la venta efectuada por la señora A se hubiera llevado a cabo la partición, se concluye que dicha señora A realizó por sí sola un acto de alteración de la cosa común frente a la exigencia legal de unanimidad para estos casos, incurriendo así en la sanción de nulidad prevista en el artículo 41 C. c. y de otro lado en la anulación del contrato por inexistencia del consentimiento de todos los que deben prestarlo (art. 1.261 C. c.). Se revoca, por tanto, la sentencia de la primera instancia, acogiéndola la demanda.

Por vía de aclaración, la representación del señor C obtuvo de la Sala la precisión de que la declaración judicial de nulidad y consiguiente condena de restitución se refería a una sola de las fincas. En cuanto a un segundo punto respecto del que se había pedido también aclaración —si la sentencia había acogido alguno de los motivos de nulidad alegados o la nulidad se había estimado por un motivo diferente— la Sala señaló que la aclaración tiene por objeto los conceptos oscuros o las opiniones que se contengan sobre puntos discutidos pero, declaraba la nulidad, la aclaración no puede comprender los motivos por los que hubo de ser declarada.

El señor C presenta recurso de amparo constitucional por entender que la sentencia de la Audiencia, al apartarse del planteamiento litigioso efectuado por las partes para llegar, mediante un esquema discursivo propio, al mismo resultado pretendido en la demanda, vulnera el derecho de defensa consagrado en el art. 24.1 de la Constitución.

---

(11) Si bien el art. 1.302 C. c., en su tenor literal, parece constreñir la acción de nulidad a los que han sido parte en el contrato, no se excluye a los terceros si a ellos les puede perjudicar el negocio jurídico que impugnan: Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1966 (R. Az., 1967, I) y las que en el mismo sentido se citan en ella.

## II) Doctrina del Tribunal Constitucional.

1. *La incongruencia de las sentencias puede determinar una violación del art. 24 de la Constitución:* La congruencia de las sentencias que como un requisito de las mismas establece el art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se mide por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente que no hubiera sido pretendida. Cuando la desviación en que consiste la incongruencia es de tal naturaleza que supone una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción y por ende del fundamental derecho de defensa, pues la sentencia ha de ser dictada tras la existencia de un debate y una contradicción, y sólo en esos términos dialécticos es justo el proceso y justa la decisión que en él recae. Puede por esto ocurrir que al alterarse en la sentencia los términos del litigio la condena se produzca sin que se le haya dado a las partes oportunidad de defenderse, sobre los nuevos términos en que el Tribunal coloca el asunto (Fundamento jurídico 1).

2. *Compatibilidad de la doctrina de la congruencia con el principio tradicional "iura novit curia":* Los Tribunales no tienen necesidad ni tampoco obligación de ajustarse en los razonamientos jurídicos que les sirvan para motivar sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, pues la tradicional regla encarnada en el aforismo "iura novit curia" les autoriza para ello (Fundamento jurídico 2).

3. *Identificación de la acción ejercitada e inalterabilidad de la misma por los Tribunales:* La congruencia o incongruencia de una sentencia ha de estimarse mediante la confrontación de la parte dispositiva con los términos en que en las demandas o en los escritos fundamentales del pleito se configuran las acciones o excepciones ejercitadas. Para ello hay que tener en cuenta que la acción no es sólo el resultado que el litigante pretende obtener —lo que pide al Tribunal— sino también el fundamento jurídico en virtud del cual pide o "causa petendi". Por ello la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado con reiteración que así como no puede la sentencia rebasar la extensión de lo pedido, según prescribe el clásico aforismo según el cual "ne est iudex ultra petitum partium", no puede tampoco modificar la causa de pedir y a través de ella llevar a cabo una alteración de la acción ejercitada, pues si ejercitada una acción y producida una defensa frente a ella, estimara el Tribunal otra acción diferente, tal sentencia se habría dictado sin verdadera contradicción y sin que en el punto objeto de la resolución hubiera existido debate ni defensa (Fundamento jurídico 3).

III) Fallo: Denegación del amparo.

IV) Comentario a las Sentencias 14/82 y 20/82.

Uno de los mayores peligros que ofrece la configuración de la Justicia constitucional en nuestro Ordenamiento se encuentra en la posibilidad de convertirla en una nueva y superior instancia que, aún por encima de sus evidentes diferencias respecto de las propiamente jurisdiccionales, acabe en su realidad funcional confundiéndose con aquéllas. El riesgo señalado es singularmente intenso cuando el acto de los poderes públicos frente al que se demanda amparo constitucional procede de los órganos jurisdiccionales y el derecho fundamental cuya vulneración se invoca es el consagrado en el art. 24 de la Constitución.

Con plena conciencia de este problema, el propio Tribunal Constitucional se ha ocupado de reiterar (12) que su competencia tiene ciertas peculiaridades cuando el objeto del recurso es una resolución judicial. El Tribunal no es una nueva instancia jurisdiccional a la que corresponda revisar con carácter general los hechos declarados probados y el derecho aplicado en la resolución judicial impugnada. Por el contrario, cuando conoce del recurso de amparo contra resoluciones de órganos judiciales ha de partir de los hechos declarados probados (art. 44.1.b, L.O.T.C.) y limitar su función a concretar si se han vulnerado o no derechos o libertades fundamentales susceptibles de amparo constitucional y, en su caso, a preservar o restablecer estos derechos o libertades, sin que como indica con meridiana claridad el art. 54.1, L.O.T.C., quepa formular consideración alguna sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales ajena a tales extremos. La fundamentación de estas peculiares limitaciones en la extensión de la jurisdicción constitucional cuando el objeto directo de la misma es una resolución judicial, se sitúa en la trascendental función que corresponde a los jueces y tribunales en relación a los derechos y libertades fundamentales ya que, sin perjuicio de la vinculación de carácter general a que alude el art. 53.1 de la Constitución, corresponde a los mismos la tutela general de tales libertades y derechos (art. 41.1, L.O.T.C.).

De otra parte, el Tribunal Constitucional ha perfilado también el contenido del art. 24 de la Constitución, y así en el Fundamento 1 de la Sentencia de 22 de abril de 1981 (13) distingue el "derecho a la

(12) Fundamentos 2 y 3 de la Sentencia 2/1982, de 29 de enero (recurso de amparo núm. 41/1982, "B. O. E." del 26 de febrero de 1982), Fundamento 4 de la Sentencia 11/1982, de 29 de marzo (recurso de amparo núm. 219/1981, "B. O. E." del 21 de abril de 1982), Fundamento 1 de la Sentencia 46/1982, de 12 de julio (recurso de amparo núm. 419/1981, "B. O. E." del 4 de agosto de 1982), Fundamento 3-C de la Sentencia 62/1982, de 11 de octubre (recurso de amparo 185/1980 y 402/1981, "B. O. E." del 17 de noviembre de 1982) y Fundamento 1 de la Sentencia 72/1982, de 2 de diciembre (recurso de amparo 5/1982, "B. O. E." del 29 de diciembre de 1982).

(13) Recurso de amparo núm. 202/1980, "B. O. E." del 21 de mayo de 1981. Ya comentada en esta sección del ANUARIO, tomo XXXV, fasc. I de 1982, págs. 219 a 222.

jurisdicción" (art. 24.1) como derecho a la tutela efectiva que supone que los recurrentes sean oídos y tengan derecho a una decisión fundada en derecho, ya sea favorable o adversa, y también que la igualdad entre las partes, propia de todo proceso, en que éstas existan, sea asegurada de forma que no se produzca desigualdad entre las mismas y consiguientemente indefensión) y "el derecho a que el proceso se desarrolle con las garantías debidas": art. 24.2. En la misma línea el Fundamento 2 de la Sentencia 46/1982, de 12 de julio (recurso de amparo núm. 419/1981, "B. O. E." del 4 de agosto de 1982) tras destacar la íntima relación entre ambos epígrafes del art. 24, indica que el segundo apunta preferentemente a las garantías procesales mientras que el primero establece una garantía, previa al proceso, que lo asegura. "Dicho de otro modo, el art. 24.2 también asegura la tutela efectiva pero lo hace a través del correcto juego de los instrumentos procesales mientras que el art. 24.1 asegura la tutela efectiva mediante el acceso mismo al proceso".

A destacar el Fundamento 2 de la Sentencia 11/1982, de 29 de marzo (recurso de amparo núm. 219/1981, "B. O. E." de 21 de abril de 1982): "El derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales comprende el de obtener una resolución fundada en Derecho. Resolución que habrá de ser de fondo, sea o no favorable a las pretensiones formuladas, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Y que podrá ser de inadmisión, o de desestimación por algún motivo formal, cuando concurra alguna causa de inadmisibilidad y así lo acuerde el juez o tribunal en aplicación razonada de la misma". Pero según resulta del Fundamento 1 de la Sentencia 60/1982, de 11 de octubre (recurso de amparo núm. 40/82, "B. O. E." de 17 de noviembre de 1982) aunque "la simple existencia de una sentencia de inadmisión fundada o razonada en Derecho satisface normalmente el derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales y la comprobación en esta sede de tales hechos debe conducir sin más a la desestimación del amparo sin entrar a analizar si la causa de inadmisión apreciada por el Tribunal ordinario se dio o no en el proceso correspondiente", sin embargo "cuando el objeto de tal proceso previo sea la tutela judicial de los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 14 a 29 y 30-2, C.E. y art. 41.1 L.O.T.C), el proceso previo sea el de la Ley 62/1978 o en su día el previsto por el art. 53.2, C.E. y la causa de inadmisibilidad sea la falta de legitimación, este Tribunal no puede contraer el examen del caso a la mera comprobación de que hubo una sentencia fundada en Derecho, sino que ha de entrar a analizar la concurrencia o no de la falta de legitimación, pues en el supuesto de que ésta hubiera sido incorrectamente apreciada por el Tribunal ordinario quedarían sin protección ni tutela efectiva el derecho o derechos fundamentales en cada caso debatido y su ejercicio quedaría de facto indebidamente restringido, hipótesis ante la cual este Tribunal no podría permanecer pasivo, pues como también ha afirmado en alguna ocasión nada que concierne al ejercicio por los ciudadanos de los derechos que la Constitución les reconoce podrá considerarse nunca ajeno a este Tribunal (Sentencia de 17 de julio de 1981, recursos de amparo 203 y 216/1981, "B. O. E." del 13 de agosto de 1981)".

Por lo demás, en la delimitación por la jurisprudencia constitucional de esta específica modalidad de amparo son de destacar los siguientes pronunciamientos:

a) La prohibición de conocer de los hechos concierne a la acepción técnico-procesal de este vocablo que alude a la atribución de competencia. No se trata de prohibición de conocimiento en el sentido de ilustración o análisis reflexivo de los antecedentes que puede resultar positivo e incluso necesario para fundar la resolución (Fundamento 1 de la Sentencia 46/1982, de 12 de julio, recurso de amparo núm. 419/81, "B. O. E." del 4 de agosto de 1982, y Fundamento 3-C de la Sentencia 62/1982, de 11 de octubre, recursos de amparo números 185/1980 y 402/1981, "Boletín Oficial del Estado" del 17 de noviembre de 1982). "Lo que no podemos es ponderar otros hechos que, aunque aparezcan aludidos en las actuaciones, no hayan sido tomados en consideración como probados por la sentencia recurrida en amparo" (Fundamento 3 de la Sentencia 72/1982, de 2 de diciembre, recurso de amparo núm. 5/1982, "B. O. E." del 29 de diciembre de 1982).

b) La violación de los derechos y libertades que el recurso intenta remediar puede ser originada tanto por aplicación de una ley inconstitucional o norma ilegal o inaplicable al caso, como aplicación errónea de la norma adecuada (Fundamento 1 de la Sentencia 46/1982, de 12 de julio).

c) No toda irregularidad formal de la resolución puede intentar reconducirse al terreno de su inconstitucionalidad por la vía del recurso de amparo, sino aquéllas que tengan trascendencia en relación a la observancia de los principios que se encuentran en la base del precepto constitucional, como el de contradicción y otros (Fundamento 1-A de la Sentencia 62/1982, de 11 de octubre).

d) El ámbito del recurso comprende los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, sin limitación alguna a los de carácter formal del art. 24 para el supuesto de que la hipotética vulneración pueda ser atribuida a órganos judiciales, siempre que en este caso se cumplan los requisitos específicos que establece el art. 44, L.O.T.C. (Fundamento 2 de la Sentencia 2/1982, de 29 de enero, recurso de amparo núm. 41/1981, "B. O. E." del 26 de febrero de 1982 y Fundamento 3-C de la Sentencia 62/1982, de 11 de octubre).

e) La presunción de inocencia está explícitamente incluida en el ámbito del amparo y corresponde al Tribunal Constitucional estimar en el caso del recurso si dicha presunción de carácter "iuris tantum" ha sido desvirtuada, estimación que ha de hacerse con respeto al principio de libre apreciación de la prueba por parte del Tribunal de instancia y a la propia configuración del recurso de amparo que impide entrar en el examen de los hechos que dieron lugar al proceso. El principio de libre valoración de la prueba supone que los distintos elementos de prueba pueden ser ponderados libremente por el Tribunal de instancia, a quien corresponde en consecuencia valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo, si bien para que dicha ponderación pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia es preciso una mí-

nima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo (Fundamentos 2 y 3 de la Sentencia de 28 de julio de 1981, recurso de amparo 113/1980, "B. O. E." del 13 de agosto de 1981, y Fundamento 7-D de la Sentencia 62/1982, de 11 de octubre) (14).

Esta breve caracterización del recurso de amparo constitucional frente a resoluciones judiciales, ceñida a los pronunciamientos del propio Tribunal Constitucional, resulta particularmente adecuada como comentario a las Sentencias 14/1982 y 20/1982.

Especialmente en la primera, el mismo Tribunal Constitucional constata (Fundamento 5) el intento de los recurrentes de utilizar el amparo como medio para prolongar la queja por inadmisión del recurso de casación, recurso extraordinario cuya exclusión —en este caso por el artículo 17 de la Ley de Suspensión de Pagos, aunque no se recoja la exclusión en el art. 1.694 L.E.C.— no implica restricción del derecho fundamental al proceso consagrado en el art. 24.1 de la Constitución (15). El recurrente argumentó también unas hipotéticas violaciones o interpretaciones erróneas de la Ley de Suspensión de Pagos que, con todo acierto, el Tribunal Constitucional estimó carentes de relevancia constitucional. Ni esas alegaciones ni la imputada inconstitucionalidad de la Ley de 26 de julio de 1922 —inconstitucionalidad de la legislación aplicada que no sólo no se denunció en vía judicial sino que, a criterio del Tribunal, tampoco se concreta, reduciéndose más bien a un juicio de valor sobre las deficiencias técnicas del procedimiento regulado en los artículos 18 y 19 de la Ley— habrían superado probablemente el filtro del ar-

---

(14) Como se ha visto páginas atrás y conforme al Fundamento jurídico 2 de la Sentencia 13/1982, de 1 de abril: "el derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse reducido al estricto campo de enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos".

(15) El Tribunal ha reiterado ya que no existe ningún precepto constitucional que imponga la doble instancia como necesaria (Fundamento jurídico 3 de la Sentencia 42/1982, de 5 de julio (recurso de amparo núm. 366/1981, "B. O. E." del 4 de agosto de 1982) y Fundamento 3 de la Sentencia 51/1982, de 19 de julio (cuestión de inconstitucionalidad 54/1982, "B. O. E." del 18 de agosto de 1982). Es de destacar, sin embargo, el criterio que en interpretación del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se sienta respecto al proceso penal: ese precepto, de conformidad con el cual han de interpretarse las normas sobre derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, a tenor de lo dispuesto en el art. 10.2 de ésta, consagra el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior conforme a lo prescrito por la Ley. Este mandato incorporado a nuestro derecho interno no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes, pero obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su art. 24.2 se encuentra la del recurso ante un Tribunal Superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de ese género todas las normas del Derecho procesal penal de nuestro ordenamiento.

tículo 52.2.b, L.O.T.C. a través del cual el Tribunal Constitucional ejerce lo que en la doctrina alemana se ha llamado "potestad de selección" (16). La admisión a trámite del recurso de amparo tal vez se justificó en su momento por la invocación de unas sentencias de la propia Sala de la Audiencia Territorial de Barcelona, que al dar soluciones discordantes para supuestos idénticos determinarían la infracción del principio de igualdad. Pero como se afirma en el Fundamento 7, "por de pronto no se han cuidado los demandantes de traer al proceso los textos judiciales en que fundan sus alegatos, de modo que desconocemos cuál es la argumentación jurídica de estos textos y la trama de los hechos enjuiciados que es algo sustancial en las sentencias". Resulta, pues que acreditar plenamente la realidad y contenido de las resoluciones judiciales que intenten emplearse como parámetro de comparación es una carga que ha de ser absuelta por el recurrente en amparo. Sobre este particular y junto a la reiteración que en la sentencia 14/1982 se hace de la doctrina ya sentada en la Sentencia de 30 de marzo de 1981 respecto a la aptitud y límites del principio de igualdad como criterio que posibilita la revisión constitucional de resoluciones judiciales, cabe destacar los siguientes pronunciamientos contenidos en el Fundamento 2 de la Sentencia 40/1982, de 14 de julio (recurso de amparo núm. 21/1982, "Boletín Oficial del Estado" del 4 de agosto de 1982)": "el artículo 14 de la Constitución, al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la Ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual y al mismo tiempo limita el poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas. La igualdad a que el art. 14 se refiere, que es la igualdad jurídica o igualdad ante la Ley, no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva. Significa que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados". Y añade:

---

(16) Con fundamento en la exigencia de "verfassungsrechtlichen Charakter" se ha hablado de una potestad de selección o discriminación de pretensiones que permite al Tribunal Constitucional apreciar si la cuestión sometida a su conocimiento tiene o no consistencia jurídico-constitucional. En idéntico sentido a los Fundamentos 5 y 6 de la Sentencia 14/1982, de 21 de abril, el Fundamento 1 de la Sentencia 68/1982, de 22 de noviembre (recurso de amparo 87/1982, "B. O. E." del 29 de diciembre de 1982) indica: "El asunto que, mediante la presente sentencia se resuelve, como la mayor parte de los que se someten a nuestra consideración, permite un doble tratamiento, pues desde un ángulo o punto de vista puede ser contemplado como un problema de legalidad ordinaria mientras que desde otro ha de ser mirado en su relación con la Constitución y con los derechos fundamentales reconocidos en ella y por ella protegidos mediante la institución del recurso de amparo. Los planteamientos que contemplan de manera directa la legalidad ordinaria a nosotros sólo nos pueden interesar en la medida en que condicen el planteamiento del problema en el plano constitucional".

“La regla general de la igualdad ante la Ley contenida en el art. 14 de la Constitución contempla en primer lugar la igualdad en el trato dado por la Ley o igualdad en la Ley, y constituye desde este punto de vista un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la Ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable. Distinto es el problema de la igualdad en la aplicación de la Ley cuando ésta no se refiere a un único órgano sino a órganos plurales. Para tales casos, la institución que realiza el principio de igualdad y a través de la que se busca la uniformidad es la jurisprudencia, encomendada a órganos jurisdiccionales de superior rango, porque el principio de igualdad en la aplicación de la Ley tiene necesariamente que coherir con el principio de independencia de los órganos encargados de la aplicación de la Ley cuando éstos son órganos jurisdiccionales”.

La Sentencia 20/1982, sintetizando los criterios jurisprudenciales sobre la materia, sitúa en la garantía de la contradicción procesal y del derecho a la defensa el fundamento último del requisito de la congruencia (17). Se abre así un nuevo cauce para el control constitucional de las resoluciones judiciales, si bien dejando a salvo el principio “*jura novit curia*”. El límite a la *virtualidad* de dicho principio se sitúa en la no alterabilidad de la acción ejercitada, y a su vez el concepto de acción queda identificado no sólo por el “*petitum*” sino también por la “*causa petendi*” o fundamento jurídico en cuya virtud se pide. Pero en el Fundamento 4 de la Sentencia (donde después de haber admitido la viabilidad en abstracto del razonamiento sustentado por el recurrente en amparo, se analizan las circunstancias concretas del caso y se concluye denegando el amparo) parece contenerse una doble precisión: a) Que la “*causa petendi*” se individualiza atendiendo primordialmente a los hechos de trascendencia jurídica más que a las argumentaciones jurídicas que respecto de tales hechos puedan hacerse; y b) que es fundamental la ponderación de los términos concretos en que haya discurrido el debate procesal para, apreciando si se ha producido o no indefensión para alguna de las partes, concluir acerca de la observancia del requisito de la congruencia (18).

EDMUNDO ANGULO RODRÍGUEZ

Abogado del Estado

---

(17) Con parecido criterio, de garantía de la contradicción procesal, se mostró el Tribunal Constitucional ya en su Sentencia de 10 de abril de 1981 (recurso de amparo 96/1980, “B. O. E.” del 25 de abril de 1981) referente a la tesis jurisprudencial de la “*pena debida o justificada*”.

(18) La referencia al *petitum* y a la *causa petendi* como elementos configuradores de la pretensión cuya alteración implica transformación de la demanda se reiteran en el fundamento 2 de la Sentencia 79/82 de 20 de diciembre (recurso de amparo núm. 89/82; “B. O. E.” de 29 de diciembre de 1982).

## SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

### LA VALIDEZ DE UNA CLAUSULA DE ESTABILIZACION DE LA RENTA CUANDO SU EFICACIA DEVIENE A PETICION DEL ARRENDADOR DE UN LOCAL DE NEGOCIO

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1981)

**SUMARIO:** 1. Las decisiones y sentencias de los juzgadores.—2. El planteamiento de las cuestiones conflictivas en el caso de autos.—3. Los pactos constitutivos de cláusulas de estabilización de la renta en los arrendamientos urbanos.—4. La diferencia entre una cláusula de estabilización de la renta y otra de exclusivo aumento de la renta.—5. La validez de una cláusula de estabilización cuando su eficacia pueda depender de que sea exigida por el arrendador.

#### 1. Las decisiones y sentencias de los juzgadores

El 15 de octubre de 1971, por una parte, la Inmobiliaria A.S.A., como propietaria de un local de negocio, y la Administración del Estado, por otra, llevan a cabo un contrato de arrendamiento de dicho local para oficinas públicas, en el cual, en su cláusula cuarta, se establece que “a petición del arrendador, la renta será revisada cada dos años para acomodarla al valor fluctuante del coste de la vida”.

Una vez que el arrendador pretende la revisión de la renta, la Administración del Estado se niega a llevarla a cabo, por lo que ha de ser demandada ante el Juzgado para que se declare la validez de la cláusula de estabilización de la renta del contrato de arrendamiento de oficinas ocupadas por la Delegación de Trabajo.

El Juez de Primera Instancia dicta sentencia absolviendo a la Administración del Estado de la demanda contra ella impuesta por la entidad actora sobre revisión de renta, sin entrar a conocer del fondo, por inadecuación del procedimiento.

El arrendador apela la sentencia ante la Audiencia Territorial, que estima el recurso y la revoca, considerando la demanda interpuesta contra la Administración del Estado; concretamente, la Audiencia declara que es válida conforme a Derecho la cláusula cuarta del contrato de arrendamiento por la que se establece una revisión cada dos años de la renta concertada por las partes, entendiéndose que dicha revisión opera tanto al alza como a la baja y desestima el resto de la demanda.

El Abogado del Estado, en la representación que ostenta de la Administración, interpone recurso de casación por infracción de ley ante el Tribunal Supremo, el cual, considera:

“Que el recurso interpuesto por la Abogacía del Estado contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia de Valladolid de 10 de marzo de 1980, articula cinco motivos de casación al amparo, los cinco, del número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, todos ellos, sustentados, más o menos radicalmente, sobre la base del argumento del primero de los formulados en el que, el representante de la Administración, denuncia una supuesta violación del párrafo primero del artículo 1.281 del Código civil, por entender que enfrentada la Sala sentenciadora con el texto de la cláusula cuarta del contrato de arrendamiento suscrito entre la Administración y la Inmobiliaria A.S.A., el 15 de octubre de 1971, que establece la revisión periódica de la renta convenida por el disfrute del local números 2 y 4 de la calle de Bailén de la ciudad de Valladolid, cláusula cuya nulidad y carencia total de efectos el recurrente postula, el Tribunal para mantener la validez de la misma, no se atuvo sino al contenido de las expresiones “variación” o “revisión” y el no empleo de la palabra “aumento”, referidas a la renta en el proceso a seguir por la revisión convenida, sin fijar su atención en el inciso primero de la tan repetida cláusula que, claramente señala al decir que la revisión sólo funcionará a petición del arrendador, la dirección, alcance y contenido de la cuestionada cláusula que no es otro, siempre según el recurrente, que establecer un sistema “unívoco” de revisión, condicionando a la instancia del arrendador la puesta en marcha del mecanismo revisionario de la renta, cuya operatividad lo será en todo caso al alza, como muestra —insiste el demandado recurrente— el contenido del apartado c) de la tan discutida cláusula cuarta, con arreglo a la cual, sobre aquel unilateral sistema desencadenante de la revisión pactada, ésta sólo tiene lugar si su resultado cuantitativo es superior a la renta legal más las cantidades asimiladas a ellas que, en el momento de la revisión viniere satisfaciendo el arrendatario, más no se aplica en cambio, si dicha cuantificación económica queda por debajo de aquella suma, lo cual permite concluir al recurrente en la existencia de un motivo de radical nulidad de la cláusula de revisión de renta establecida y así pide se declare, contrariamente a lo resuelto por la Sala de Instancia que, para confirmar su validez, no tuvo en cuenta la primera norma de interpretación de los contratos: la literalidad de los mismos, infringiendo con ello el párrafo primero del artículo 1.281 del Código civil —primer motivo del recurso— y, como consecuencia, la doctrina legal que establece la necesidad de la “bivalencia” arrendador-arrendatario, en el juego de las cláusulas de estabilización de la renta, en los contratos regidos por la LAU, para la validez de aquellas cláusulas —motivo segundo del recurso—, así como el artículo 57 de la propia LAU y doctrina legal interpretada —motivo tercero de los esgrimidos— con arreglo a la cual son nulas las cláusulas de estabilización de la renta que sólo contemplan la variación del alza de la misma”.

“Considerando: Que la tesis mantenida por la Abogacía del Estado en los motivos expuestos en el considerando precedente cae, por de pronto, en su afán de buscar la inoperancia de la cláusula de revisión de renta

discutida, en una sustancial alteración del texto literal, al que dice 'ceñirse, de dicha cláusula, al introducir en su inciso primero, la proclamación de que la misma "sólo funcionará a petición del arrendador", siendo así que lo que el texto contractual dice es: "Cuarta: A petición del arrendador, la renta será revisada cada dos años de la siguiente forma...", fórmula que no hace sino literalizar la exigencia precisa de la Administración expuesta en la comunicación del Director General del Patrimonio del Estado en sustitución de otra correlativa condición revisoria propuesta en la oferta de contratación suscrita por el propietario-arrendador el 11 de septiembre anterior, bajo el tenor de que la renta o alquiler ofertado será revisado cada dos años "para acomodarlo al valor fluctuante del coste de la vida", lo cual, aparte de las consecuencias que puedan derivar del hecho de haber sido la Administración la que impuso el texto que luego refuta ilegal frente a este otro, inequívocamente ajustado a derecho, propuesto por el propietario, da amplio pie para deducir, de su estricta interpretación literal, no el sometimiento de cada operación de revisión de renta en los previstos períodos bianuales, a la pura discrecionalidad del arrendador, como interpreta el recurrente, sino más propiamente que la cláusula o la exigencia, si se quiere, de revisión de renta queda establecida, precisamente "a petición del arrendador", como revela la simple lectura desapasionada del texto que ha quedado expuesto y el apartado c) de la misma cláusula, el cual, amén de no tener el designio de la Abogacía del Estado le atribuye de impedir la revisión cuando el montante económico de la misma resulte inferior a la renta que se venga pagando, ya que lo que textualmente dice es que en tal caso "no se produciría aumento de ella", lo cual no excluye la demanda a la baja en dicho supuesto, además de ello, repetimos, su sola presencia, la del citado apartado c), carecería de sentido, si es que la revisión periódica ha de ser instada precisa y discrecionalmente por el arrendador, el cual, en la hipótesis contemplada por este apartado, vería satisfecho su interés sin necesidad del mismo, ya que le bastaría con la mera abstención de cualquier solicitud desencadenante del proceso revisorio".

"Considerando: Que por fuerza de los anteriores razonamientos reveladores y justificadores de la corrección de la sentencia impugnada en punto a la interpretación que por el recurrente se hace de la intención directa y nada oscura del texto contractual inserto como cláusula cuarta del contrato de arrendamiento de 15 de octubre de 1971, cuya "bivalencia" la hace plenamente operante frente a la tentación sentida por la Administración al condenarla a la inefectividad, han de claudicar los tres primeros motivos del recurso examinados hasta aquí y en la misma línea de decaimiento los desarrollados en cuarto y quinto lugar, éste en cuanto la utilización por la sentencia combatida del argumento de la concurrencia, acomodada a sus conclusiones de los actos coetáneos y posteriores de las partes —artículo 1.282 del Código civil— se hace "obiter dictum", como mera apoyatura de la interpretación literal del convenio y aquél a la vista de que, la resolución que se recurre, no llega a la conclusión estimatoria del pedimiento principal de la demanda, esto es el de la va-

litez de la cláusula de revisión de la renta pactada con el argumento de que habiendo sido la Administración la redactora de tal cláusula debe pechar con las consecuencias de su propia conducta, contrariando, con tan escueta conclusión, en principio, la norma imperativa del artículo 6, párrafo 1.º de la vigente LAU, que sanciona con la nulidad la renuncia a los derechos concedidos a los arrendatarios, sino que lo que la resolución de instancia dice, en su cuarto considerando, es lisa y llanamente que de existir, alguna oscuridad en lo pactado, no puede beneficiarse de ello la Administración del Estado que redactó literalmente la cláusula discutida e incluso condicionó la celebración del contrato a la inserción de la misma, extremos estos indiscutiblemente resultantes de las actuaciones y determinantes de aquella conclusión tan ajustada al mandato del artículo 1.288 del Código civil, como a la observancia en el orden jurídico del deber general de sumisión a lo que no es sino el resultado de un planteamiento de la conducta litigiosa en el marco general del principio de la buena fe, circunstancia que, en el presente caso, no puede por menos que resaltar, con objetiva ponderación, la propia Abogacía del Estado, en su informe de 3 de junio de 1977, poniendo sobre aviso a la Administración acerca de lo que, a su juicio, podrá suponer una contradicción con los actos propios que siempre han de ser tomados como límite al ejercicio de toda facultad límite "derivado del principio de buena fe y de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente".

## 2. El planteamiento de las cuestiones conflictivas en el caso de autos

A partir de la vigencia de la LAU de 1964, la renta de las viviendas y locales de negocio será la que libremente estipulen las partes (art. 97), además de reconocer la revalorización de las rentas de los anteriores contratos de acuerdo con las "variaciones del coste de la vida", bien de un modo legal ("mediante Decreto aprobado en Consejo de Ministros"), o bien convencional ("si las partes... hubieren convenido de modo expreso otro sistema de actualización") (art. 100).

En el caso de autos, precisamente, pactada por las partes la revisión de la renta según lo facultado por la vigente LAU, cada dos años y en función del valor fluctuante del coste de la vida, no dejaba lugar a dudas sobre su validez y eficacia legal; no obstante, el que en dicha cláusula se expresase que la renta será revisada cada dos años "a petición del arrendador", el arrendatario, posteriormente, pasados los dos años, cuando el arrendador pide la revisión de la renta, tampoco puede pretender que dicho pacto sea nulo, porque ahora se entiende que se estableció un sistema unívoco de revisión que condicionaba a la instancia del arrendador la puesta en marcha del mecanismo revisorio de la renta; además, porque la operatividad de la cláusula lo sería, en "todo caso", el alza cuando sólo tuviese lugar un resultado, cuantitativo superior a la renta legal más las cantidades asimiladas a ella que, en el momento de la revisión viniere satisfaciendo el arrendatario, pero no se aplicaría, en cambio, si dicha cuantificación económica quedaba por debajo de aquella suma.

Para apoyar sus alegaciones, el arrendatario invoca el principio de literalidad sobre la interpretación de los contratos (art. 1.281 del C. c.), así como la doctrina legal que establece la "bivalencia" necesaria para arrendador-arrendatario en cuanto a las posibilidades de alza o baja de la renta que permite toda cláusula de estabilización.

El Tribunal Supremo, con certero juicio, rebate ambas alegaciones del arrendatario, en base, precisamente, a la propia literalidad del contrato, a la interpretación de lo querido y pactado por ambas partes, en cuanto a sus actos coetáneos y posteriores a dicho contrato, así como a la intención y buena fe de quien lo redactó y de tener que ser consecuente con sus propios actos.

### 3. Los actos constitutivos de cláusulas de estabilización de la renta en los arrendamientos urbanos

Un pacto constitutivo de una cláusula de estabilización de la renta en un contrato de arrendamiento urbano ha de reunir aquellos presupuestos de validez y eficacia necesarios para que cumpla con su doble función económica y jurídica:

a) La de nivelar de un modo proporcional y económico el poder adquisitivo de la cuantía del valor de la renta pactada inicialmente y que con posterioridad se verá depreciada o devaluada, subida o revaluada, según acontezca negativa o positivamente como consecuencia de las alteraciones monetarias que se sucedan en el tiempo; b) la de mantener la comutabilidad y equivalencia de las prestaciones entre las partes contratantes de los contratos onerosos en cuanto a su relación obligatoria de trato sucesivo o de larga duración.

La naturaleza económica de las cláusulas de estabilización fue puesta de relieve fundamentalmente por la doctrina jurídica francesa (1) e italiana (2) y, aunque su reconocimiento y rechazo jurisprudencial fluctuó de acuerdo con criterios legalistas en cuanto al orden público del sistema monetario imperante de cada país, dentro del ámbito continental europeo

(1) Cfr. TOULEMON, *Les etapes de la jurisprudence en matière d'échelle mobile*, en "Revue Trimestrale de Droit Commercial", XI-4 (1958); MEZGER, *Entwicklung von Rechtsprechung und Gesetzgebung auf dem Gebiet der Indexklauseln in Frankreich seit 1958*, en "Inflations bewältigung im Zivil- und Arbeitsrecht". Frankfurt am Main, 1976, p. 25; BOCCARA, *La pseudo-réforme des indexations*, en "Juris Classeur Periódique", I (1978), p. 2905.

(2) Cfr. CAPUTO, *Le clausole di garanzia monetaria*, Milán, 1939; ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, Bologna - Roma, 1959; DISTASO, *Le obbligazioni pecuniarie*, en Banca, Borsa e Titoli di Credito III (1969), p. 423; INZITARI, *Inflationsschaden beim Verzug mit Geldschulden in der italienischen Rechtsprechung*, en "Recht der Internationalen Wirtschaft", 27/7 (1979), p. 447; PREDEN y IZZO, *L'aggiornamento ISTAT del canone di locazione nel quadro della legislazione e della giurisprudenza sulla rivalutazione delle obbligazioni pecuniarie*, Milán, 1980; CARLI y CAPRICLIONE, *Inflazione e ordinamento giuridico*, Milán, 1981; QUADRI, *Le clausole monetarie. Autonomia e controllo nella disciplina dei rapporti monetari*, Milán, 1981.

actual (3), se llega a concluir su validez y eficacia, aunque no debamos olvidar los reparos de los economistas (4), en cuanto a implicar una media excepcional y parcial dentro de los mecanismos correctores tendentes a lograr la normalidad y estabilidad económica.

La naturaleza jurídica de las cláusulas de estabilización, concretamente para las relaciones obligatorias contractuales onerosas, se descubre en su genuino efecto corrector ambivalente, para las dos partes, en cuanto a lograr mantener los valores recíprocos, o interés económico por el que contrataron. Ante las alteraciones monetarias, la cláusula estabilizadora, pactada por las partes, tiende a lograr en su relación concreta que el dinero se aadecue a su principio de igualdad de valor o poder adquisitivo y que las prestaciones contractuales duraderas de las partes mantengan su equivalencia originaria a través de su cumplimiento diferido en el tiempo.

En el caso de autos, el pacto de revisión de la renta, cada dos años, tenía su fundamento para las partes, en vista del "valor fluctuante del coste de la vida", entendiéndose que dicha revisión o variación operará "tanto al alza como a la baja", sin haberse querido o impuesto exclusivamente, en beneficio del arrendador un aumento de la renta; de aquí que el Tribunal Supremo deduzca que el pacto sea "inequívocamente ajustado a su derecho".

No obstante, el arrendatario, ante la frase reproducida en el texto contractual "a petición del arrendador la renta será revisada cada dos años", deducía que la revisión resultaba "condicionada" y "sólo" se producía "unilateralmente" por lo que quedaba "a la pura discrecionalidad del arrendador", por lo cual entendía que era nula la cláusula de revisión de la renta establecida.

#### 4. La diferencia entre una cláusula de estabilización de la renta y otra de exclusivo aumento de la renta

Una cláusula de estabilización, al tener una función con efectos bilaterales correctores para ambas partes, en cuanto al intercambio de sus respectivos intereses, contribuye a la realización del objeto más inmediato de justicia, cual es el dar a cada uno lo suyo sin enriquecimiento injusto para uno de los contratantes. En cambio, una cláusula puesta en exclusivo beneficio del arrendador o del arrendatario supondría una discriminación o lesión para el otro.

(3) Ultimamente, cfr. GRUBER, *Die Wertsicherungsklausel im Mietvertrag*, en "Bayerische Gemeindetag", 4 (1980), p. 61; BULLA, *Ampassung einer Wertsicherungsklauseln in einem Mietvertrag*, en "Neue Juristische Wochenschrift", 28 (1975), p. 1108; DÜRKES, *Wertsicherungsklauseln*, 10.<sup>a</sup> ed., Heidelberg, 1982.

(4) Cfr. BUCHEL, *Saubertwort "Indexierung"*, en "Nachrichten der Industrie- und Handelskammer zu Krefeld", 7 (1974), p. 2; GEIGER, *Probleme der Indexierung in der Kreditwirtschaftlichen Praxis*, en "Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen", 27/24 (1974), p. 1120; STARBATTY, *Das Für und Wider von Geldwertsicherungsklauseln: Eine Art von Glaubenskrieg?*, en "Ordo", 26 (1975), pp. 225 ss.; JAEGELE, *Indexierung als Mittel zur Erlössteigerung*, en "Die neue Weltwirtschaftsordnung", Hamburg, 1977, p. 126.

En un contrato de arrendamiento urbano, de naturaleza bilateral y onerosa, así como de trato sucesivo, en el intercambio de intereses de las partes, el valor en uso del local o vivienda para el arrendatario y la percepción de una renta por el arrendador como contrapartida de aquella cesión del uso del local o vivienda, con el paso del tiempo puede verse alterada esta última en su poder adquisitivo debido a la inflación monetaria, aunque permanezca su misma cuantía inicialmente pactada. Esta lesión patrimonial al propietario o arrendador en tiempos de inflación, como el perjuicio al arrendatario en épocas de deflación, tienden a corregirlos las cláusulas de estabilización, precisamente porque permiten que la renta varíe en su cuantía adecuadamente, en la proporción que lo hace el valor de la moneda.

Así ha ocurrido para el caso de autos, según pone de relieve la sentencia cuando estima que la cláusula pactada donde se establece la revisión es constitutiva de una "cláusula de estabilización" y no de una mera cláusula de elevación unilateral de la renta en beneficio exclusivo del arrendador; primero, porque se trataba de una "revisión" o "variación" de la renta y no del efecto de un solo "aumento" o sistema unilateral de variación exclusivamente al alza de dicha renta; segundo, porque la "renta o alquiler ofertado sería revisado cada dos años para acomodarlo al valor fluctuante del coste de la vida", el cual puede subir cuando hay inflación, pero puede bajar cuando haya deflación; tercero, porque textualmente se expresa que "no se produciría aumento de ella", lo cual excluye la demanda a la baja en dicho supuesto. Por todo lo cual, la sentencia de autos concluirá, para la cláusula cuarta del contrato de arrendamiento de 15 de octubre de 1971, que su "bivalencia" la hace plenamente operante.

Una cláusula contractual que fuese de exclusivo efecto unilateral en beneficio de una sola parte y cuyo cumplimiento quedase al mero arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.256 C. c.) sería radicalmente nula. La cláusula pactada por las partes en el contrato de autos, donde se expresa que la revisión de la renta se haría cada dos años, "a petición del arrendador", concretamente ¿es una cláusula puesta con el solo fin de beneficiar al arrendador, lesionar al arrendatario o excluirle de otros efectos que puedan redundar contra su propio interés?

##### 5. La validez de una cláusula de estabilización cuando su eficacia pueda depender de que sea exigida por el arrendador

En el caso de autos, el arrendatario ha confundido una condición de eficacia pactada por las partes, cual era la de que la revisión de la renta fuese, cada dos años, "a petición del arrendador", con un requisito esencial de todo contrato, cual es el de que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.256 del C. c.).

El arrendatario, para intentar que se declare nula la cláusula contractual cuarta de actualización bianual de la renta invoca dos argumentos: el de la unilateralidad de los efectos de la revisión de la renta como un

solo aumento o la sola variación al alza de la misma y el interpretativo, o de la literalidad de la cláusula pactada.

El argumento de la unilateralidad de los efectos de la revisión de la renta, para que tuviese eficacia, habría de haberlo empleado cuando el pacto no fuese constitutivo de una cláusula de estabilización. Pero, en el caso de autos, como demuestra la Sala, clara y suficientemente, la voluntad de las partes no fue sólo "aumentar", sino, concretamente, "revisar" o "variar" la renta, lo cual implica que pueda serlo tanto en caso de alza como de baja.

El arrendatario comete todavía un mayor error al tratar de que se anule el pacto contraído para revisar cada dos años la renta y es cuando acude a invocar el argumento interpretativo de "literalidad" de lo escrito en la cláusula cuarta del contrato y deducir de lo que sólo es una condición de eficacia de un aspecto concreto del contrato, cual es la actualización de la renta, el intentarla pasar por una violación de un requisito de validez del contrato. Para que ello sucediera, como muy bien dice la Sala, cada operación de revisión hubiera tenido que quedar a la pura discrecionalidad del arrendador cuando la realidad de ello no es así, puesto que la sola dicción "a petición de arrendador" carece de sentido, si es que la revisión periódica ha de ser instada precisa y discrecionalmente por el arrendador, el cual, en la hipótesis contemplada, vería satisfecho su interés sin necesidad de tal dicción, ya que le bastaría con la mera abstención de cualquier solicitud desencadenante del proceso revisorio.

Efectivamente, una cláusula de estabilización, desde el momento en que es pactada por las partes, al cumplirse el plazo de revisión, el interesado puede actuar en consecuencia, sea el arrendador o el arrendatario; por eso, el Tribunal Supremo, muy correctamente pudo deducir que "no excluye la demanda a la baja en dicho supuesto".

Para abundar en que la interpretación literal de la frase "a petición del arrendador" no excluía la del arrendatario y que, por tanto, la voluntad de las partes no había sido esa, la Sala trae a colación un argumento más, el de "los propios actos", al quedar comprobado documentalmente que la redacción de dicha cláusula fue impuesta al arrendador por el mismo arrendatario; al plantear otro sentido, la Sentencia reconoce que puede suponer una contradicción con los actos propios que siempre han de ser tomados como límite al ejercicio de toda facultad derivado del principio de buena fe y de la exigencia de observar dentro del tráfico jurídico un comportamiento coherente. Además, para el caso de autos, concluye la Sa'a, "que de existir alguna oscuridad en lo pactado no puede pretender beneficiarse de ello la Administración del Estado, que redactó literalmente la cláusula discutida e incluso condicionó la celebración del contrato a la inserción de la misma, extremos estos indiscutiblemente resultantes de las actuaciones determinantes de aquella conclusión tan ajustada al mandato del artículo 1.288 del Código civil".

Además, dado el largo tiempo en que vivimos con alteraciones monetarias, de la frase puesta en el contrato de autos se puede deducir que lo que las partes pretendían y querían era protegerse de sus perturbaciones y daños de depreciación y devaluación de nuestra moneda.

Al plantear la revisión de la renta del arrendamiento cada dos años "para acomodarlo al valor fluctuante del coste de la vida", es una voluntad inequívoca de estabilización o actualización de los intereses intercambiados por las partes y objeto de su contratación.

José BONET CORREA

## I. SENTENCIAS COMENTADAS

### **LA PRESCRIPCION ANUAL DE LAS ACCIONES CIVILES DERIVADAS DE CULPA EXTRACONTRACTUAL CASO DE HABERSE TRAMITADO DILIGENCIAS CRIMINALES**

**(Nota a las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de marzo 1981  
y 24 diciembre 1980)**

Las Sentencias de 31 marzo 1981 y 24 diciembre 1980 nos enfrentan con un problema lo suficientemente corriente en los Tribunales como para detenerse ante él y examinar el fundamento de la solución a que llega el Supremo tras anteriores contradicciones, muestra de que en el fondo discurre una disconformidad con el sistema de los Códigos civil y penal sobre los plazos de prescripción.

La S. de 31 marzo 1981, en un caso de sobreseimiento por fallecimiento del procesado y en que se ejercitó la acción civil contra sus herederos, arde reiteradamente a que el plazo de prescripción es el de un año a tenor del artículo 1968, núm. 2.º, del Código civil.

Los hechos de la S. de 24 diciembre 1980 se concretan también a la inicial tramitación de un proceso penal acerca de un accidente de tráfico, con fallecimiento posterior del conductor encausado y consiguiente sobreseimiento; cuando el perjudicado entabla acción civil ha transcurrido ya el año que para la prescripción indica el artículo 1.968 del Código civil, q así lo acogen las sentencias absolutorias del Juzgado de 1.ª Instancia y de la Audiencia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación por las siguientes razones:

"Ha de tenerse en cuenta que si, según el artículo 1.092 del Código civil, las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código penal, ello acaece cuando la acción civil derivada de un hecho punible no se haya ejercitado conjuntamente con la penal y exista una condena de esta naturaleza, pero no cuando, como en el caso objeto de recurso sucede, la acción penal se extinguíó totalmente por fallecimiento del presunto culpable, sin que, por tanto, hubiese recaído sentencia alguna en la jurisdicción penal, definiendo la responsabilidad criminal de aquél, pues en este caso queda tan só o subsistente la acción civil contra los herederos o causahabientes del mismo, acción que habrá de ejercitarse ante los Tribunales de la jurisdicción civil y por la vía que según ésta proceda, y así lo ordena el artículo 116 de la L. E. Criminal, pues en ese caso se dilucidan obligaciones de esta clase ante Tribunales no competentes para conocer de delitos, de lo que se deduce que la aplicación del citado artículo 1.092 del Código sustantivo civil requiere la existencia de una declaración de responsabilidad criminal.

nal por el hecho punible perseguido en las correspondientes diligencias penales, requisito que no puede darse cuando por fallecimiento del presunto reo se sobreseen éstas y se declara extinguida la responsabilidad penal que debiera servir de base para fijar la civil, y que los Tribunales de este orden no pueden, sin incurrir en exceso de función, declarar esa previa existencia de delito como presupuesto original al del derecho reclamado, como así vienen a declarar las Sentencias de esta Sala de 28 abril 1917, 22 enero 1919 y 16 noviembre 1932, pues en caso de ejercicio de la acción civil y con separación e independencia absoluta de la penal entra de lleno, en cuanto a su ejercicio y duración, la esfera privada del Derecho civil, y así lo entendió el propio recurrente al formular su reclamación con base exclusiva en los artículos 1.902, 1903 y demás concordantes, así como la doctrina jurisprudencial que los interpreta, aplicables a las obligaciones que nacen por culpa extracontractual".

## I

Al establecer el Código civil las fuentes de las obligaciones distingue netamente entre las nacidas de delitos o faltas y las derivadas de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas en la Ley, e incluso las hace objeto de artículos diferentes, 1.092 y 1.093, remitiendo para su regulación al Código penal y a las disposiciones del capítulo II del Título XVI del Libro IV del civil, respectivamente.

En concordancia con el artículo 1.092 referido, contiene el Código penal un sistema completo sobre responsabilidad civil en los artículos 19 a 22 y 101 a 108, amén del artículo 117. Sus principios y consecuencias están muy próximos al sistema de responsabilidad instalado en el Código civil, pero la ubicación en textos diferentes obliga al Tribunal de lo Penal a fallar con asidero en preceptos distintos a los que sirven de apoyo al juez civil.

De "lege ferenda" es aceptable la desaparición de la doble regulación y la incardinación en el Código civil de toda la materia relativa a la responsabilidad patrimonial derivada de actos do'osos o culposos, sin perjuicio de ciertas particularidades impuestas por la índole específica del hecho punible.

Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Criminal acoge, fundamentalmente por razones de economía, el ejercicio simultáneo de la acción civil con la penal y lo impone el Ministerio Fiscal, salvo casos de renuncia o reserva por el perjudicado (arts. 108, 110 y 112). De sus preceptos se infiere (incluso con el argumento de las expresiones literales empleadas) que la declaración de responsabilidad civil sólo procede si es subsiguiente a una condena criminal, de forma que si el Tribunal dicta una resolución absolutoria no procederá hacer declaración alguna sobre responsabilidad civil (SS. 28 noviembre 1934, 5 febrero 1944, 26 enero 1955 (un caso de prescripción), 19 diciembre 1959 (otro caso de prescripción, 4 julio y 18 noviembre 1960, 5 junio 1961, 19 enero y 25 febrero 1963, 22 marzo 1971 (caso de prescripción, etc.). Deben exceptuarse los supuestos

previstos legalmente en los artículos 20 y 21 del Código penal, y los de la excusa absolutoria del artículo 564 del mismo (Vid. SS. 23 mayo 1970 y 24 abril 1972).

Al seguir la línea discursiva marcada por los textos citados y aplicarla a los supuestos de la práctica corriente, se obtiene el siguiente resultado:

a) Finalizado el proceso criminal con sentencia condenatoria en la cual se contenga declaración sobre responsabilidad civil, no podrá ulteriormente volver a tratarse de la última, llámanse o no a tal efecto cosa juzgada.

b) Si la sentencia penal es condenatoria pero se ha hecho reserva de las acciones civiles, el perjudicado podrá posteriormente ejercitarlas ante los Tribunales de lo civil, mas con invocación de los artículos pertinentes del Código penal (S. 25 enero 1974; en contra, S. 30 junio 1977, basada ésta, con error, en la de 25 febrero 1963, que se refería al caso de extinción de la acción penal por fallecimiento del inculpado).

c) Si la sentencia del Tribunal de lo criminal es absolutoria, podrá el perjudicado acudir (salvo el supuesto de inexistencia previsto en el artículo 116 de la L. E. Crim.) a los Tribunales civiles en busca del resarcimiento patrimonial con invocación de los artículos del Código civil. Y lo mismo sucederá en el caso de dictarse auto de sobreseimiento por extinción de la responsabilidad criminal. Aplicar los artículos del Código penal exigiría del juez civil una precisa valoración y calificación como delictivo del comportamiento del responsable, con lo cual invadiría el área de competencia de otros órganos. Este es el supuesto de la S. de 24 diciembre 1980 y de la presente nota, referidas concretamente al plazo prescriptivo de la acción civil ejercitada ante los Tribunales civiles una vez finalizada la causa criminal por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento.

## II

El artículo 117 del Código penal establece que la responsabilidad civil nacida de delitos o faltas se extinguirá del mismo modo que las demás obligaciones, con sujeción a las reglas del Derecho civil, lo cual en una primera visión pudiera entenderse como una remisión al párrafo segundo del artículo 1.968 del Código civil —plazo de un año—, pero si tenemos presentes los artículos 1.092 y 1.093 se ve claro la imposibilidad de aplicar dicho artículo 1.968 porque éste alude escuetamente a “las obligaciones derivadas de culpa o negligencia de que trata el artículo 1.902”; luego habrá de acudirse a la norma general del artículo 1.964 del Código civil, que señala el plazo de quince años para la prescripción de las acciones personales sin término especial.

La fuerte discordancia de los plazos parece un argumento contra la anterior interpretación literal; no obstante, engarza con la circunstancia relevante de la mayor gravedad del acto causante del daño cuando al tiempo constituye delito o falta.

Sería aconsejable la unificación de plazos, reduciéndolos al único de un año, en particular de seguir la doctrina jurisprudencial que estima no existe la prescripción de la acción civil ejercitada conjuntamente con la penal en tanto no haya prescrito el delito (SS. 29 mayo 1976, 18 junio 1968, 25 abril 1956).

Lo que se sostiene en la presente nota es que, seguido procedimiento criminal y finalizado sin resolución condenatoria, el ejercicio de la acción civil en busca del resarcimiento o reparación prescribe por el transcurso del plazo de un año fijado en el artículo 1.968-2.<sup>o</sup> del Código civil.

### III

Un repaso de las sentencias del Tribunal Supremo servirá para comprobar una línea discontinua en el criterio seguido, aunque predomine el parecer de la de 24 diciembre 1980.

Las resoluciones recogidas enfocan directamente el problema específico de la duración del plazo prescriptivo de la acción civil ejercitada tras un proceso criminal; se prescinde de las que no plantean la disyuntiva entre el plazo de un año y el plazo de quince años al no ser motivo del recurso de casación porque, como es sabido, su carácter extraordinario es una razón más para que el Supremo se sujetase al principio de iniciativa de las partes y no entrase a dilucidar el tema, con lo cual quedan eliminadas numerosas sentencias que discurren sobre la base del que el tiempo de prescripción es de un año, pero sin cuestionar la aplicación del artículo 1.968-2.<sup>o</sup> del Código civil.

Sentencia 2 julio 1979.—Tramitadas diligencias criminales por accidente de tráfico, se dictó auto de sobreseimiento al fallecer el presunto responsable, librándose con posterioridad título ejecutivo al amparo de la legislación del seguro obligatorio. Presentada demanda de juicio de mayor cuantía, el Juzgado y la Audiencia dictaron sentencia condenatoria, e interpuesto recurso de casación el Tribunal Supremo declara no haber lugar. En realidad el problema planteado en el recurso afectaba al momento de iniciarse el cómputo del plazo del año del artículo 1.968-2.<sup>o</sup> del Código civil, y el Alto Tribunal se inclina por la fecha del auto ejecutivo, con lo cual no había prescrito la acción, pero no desaprovecha el momento para señalar su opinión más favorable hacia la prescripción de quince años, matización interesante por darle a su doctrina carácter de incidental o de "obiter dicta", un tanto ajena al valor atribuido a la jurisprudencia en el artículo 1-6 del Código civil. Así, señala primamente que en el caso de autos se trata de exigir "una responsabilidad civil consecuencia de un ilícito penal", y añade "es cierto que el artículo 1.968 del Código civil, en su párrafo 2.<sup>o</sup> dice que prescribe por el transcurso de un año la acción para exigir la responsabilidad civil por las obligaciones derivadas de culpa o negligencia; ahora bien, se plantea en la doctrina el problema de si este párrafo preceptivo ha de aplicarse a la extinción de las acciones que nacen de un hecho delictivo, llegando la S. de 12 marzo 1934 a decir "que la responsabilidad civil procedente de

delito no encaja en este artículo, que se refiere sólo a la nacida de los artículos 1.093 y 1.902"; en este sentido abundan las de 30 abril 1959, 5 julio 1961 y la muy expresiva de 4 julio 1970; de mantenerse esta doctrina, tema sobre el cual no ha de sentirse la Sala obligada a pronunciarse en este caso por no haberle sido planteado en el recurso, no obstante ser uno de los apoyos de la instancia el término de la prescripción, no sería el abreviado del artículo 1.968 del Código civil, sino el más amplio de la extinción de las acciones de resarcimiento, en perjuicio de la tesis sostenida por el recurso".

Sentencia 27 marzo 1979.—Seguidas diligencias criminales se les da fin por auto de sobreseimiento dictado en virtud del Decreto de indulto de 23 septiembre 1971; entablado después juicio civil en reclamación de indemnización, en vía de casación declara el Tribunal Supremo haber lugar al recurso por estimar aplicable el plazo de prescripción de un año del artículo 1.968-2.º. Aquí se discutió directamente cuál era el plazo, uno o quince años, de los artículos 1.968 y 1.964 del Código civil. El fundamento fue el siguiente: "Que..., como en el caso de autos el procedimiento penal terminó sin haber recaído condena del culpable, ya que en atención a la pena solicitada por el Ministerio Fiscal le fue concedido el indulto establecido por el D. de 23 septiembre 1971, y consecuentemente, dando por extinguida la responsabilidad penal del mismo, se reservó a las partes el derecho a reclamar la correspondiente responsabilidad civil por el procedimiento que correspondiese, y ello, por tanto, sin que existiesen declaraciones de responsabilidad criminal que debieran servir de base para fijar la civil, la que había de apreciarse, consecuentemente, de los hechos alegados y probados en dicho procedimiento, de los que el juzgador había de deducir si existía base y se cumplían las exigencias para dar lugar a tal responsabilidad, la acción que por esta vía tenía que ser ejercitada es indudable lo había de ser la del artículo 1.902 del Código civil, siendo evidente que al utilizarla como lo hizo el actor ante esta jurisdicción y por el correspondiente procedimiento declarativo ordinario debió verificarlo dentro del plazo esencialmente señalado para su ejercicio en el artículo 1.968, número 2, y como se declara y no se combate que la demanda se presentó transcurrido con exceso dicho plazo, de ahí la procedente estimación de la excepción de prescripción alegada...; criterio éste avalado por las sentencias de esta Sala de 26 junio 1.909, 22 enero 1919 y la más reciente de 30 marzo 1976, precisamente dictada en un supuesto de aplicación del indulto del Decreto citado; sin que a ello se oponga que el juzgador de instancia se apoye en la S. de 12 marzo 1934, porque en ella se da como probado en que la sentencia de la Audiencia dictada en el sumario incoado a virtud del accidente que lo motiva existió definición previa de culpa penal, condenando a la procesada a..., no haciendo condena alguna de carácter civil porque la perjudicada se había reservado, en la causa penal, el ejercicio de la acción civil... concretando finalmente que cuando existe delito declarado y penado debe regularse su ejercicio por el Código penal, según el cual aquella responsabilidad se extingue del mismo modo que las demás obligaciones con sujeción a las reglas del Derecho civil, luego, a "sensu con-

trario", si la responsabilidad penal se extinguíó antes de ser declarada la existencia del delito y penado como tal y por tanto sin hechos en los que basar la civil, ésta ha de hacerse valer a través de la acción del artículo 1.902 del tan expresado Código civil...".

Sentencia 31 mayo 1978.—Ocurrido un accidente, fallece el conductor del vehículo y el hijo del demandante, quien entabla acción civil contra la compañía aseguradora. Se desestima la demanda en ambas instancias. El recurso de casación tiene dos motivos de interés, primero y cuarto; el primero alega violación del artículo 1.964 del Código civil, pues si se reclama una indemnización nacida de responsabilidad derivada de un delito no puede aplicársele el número 2.º del artículo 1.968 del Código civil, sino el artículo 1.964, que establece el plazo de quince años para la prescripción de las acciones personales que no tienen establecido término especial; en el motivo cuarto se alega violación del artículo 1.902 del Código civil y la doctrina contenida en la S. de 25 febrero 1928, entendiendo que la jurisdicción criminal, con la muerte del querellado, tuvo necesariamente que dejar de conocer y dar por terminada su competencia y facultades, las cuales se transmitieron al Tribunal civil, único ya competente para conocer y apreciar la existencia y trascendencia del hecho delictivo, con libertad de criterio ya para no estimar justificado el delito, o ya para estimarlo, así como sus consecuencias, juicio que no presupone el abuso y exceso en el ejercicio de la jurisdicción por razón de la materia a que se refiere el número sexto del artículo 1.692 de la L. E. Civil. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación: a) "al denunciarse en el primer motivo la violación del artículo 1.964 del Código civil olvida la parte recurrente que la acción ejercitada en los presentes autos es la procedente de culpa o negligencia extracontractual, compatible por ello con la procedente de la derivada del uso y circulación de vehículos de motor por virtud del cual ya percibió la parte recurrente 300.000 pesetas del Seguro Obligatorio, procediendo, en consecuencia, la desestimación del motivo"; b) por las propias razones que llevaron a la desestimación del motivo primero ha de ser rechazado el cuarto por cuanto en el presente caso no se trata de la reclamación de daños procedentes de delito, sino de daños extracontractuales".

Sentencia 30 marzo 1976.—Se cita esta sentencia por aparecer mencionada en la de 27 marzo 1979 en apoyo de su tesis. La referencia no es exacta, puesto que en ella lo discutido era si el plazo del año debería contarse desde el Decreto de 23 septiembre 1971 o desde que se había dictado el auto de sobreseimiento aplicando el indulto, no la duración del plazo.

Sentencia 4 julio 1970.—Entiende no aplicable el plazo del año del artículo 1.968 del Código civil al caso de reclamación posterior a diligencias criminales finalizadas por fallecimiento del procesado. Dice: "extinguida la responsabilidad penal por fallecimiento del procesado, concluso ya el sumario y elevado a plenario, reconociendo los actos culposos de... que fueron causa del accidente como objetivamente delictivos merecedores de la calificación de ilícitos desde el punto de vista penal, la acción civil que

subsiste, aunque deba ejercitarse por la vía civil, lo será al amparo del artículo 1.092 del Código de dicho orden, y no en virtud de lo establecido en el artículo 1.093 en relación con el 1.902 y siguientes, habiendo declarado esta Sala en S. de 22 enero 1919 que como el Tribunal "a quo" reconoce en la sentencia recurrida que la obligación cuyo cumplimiento se reclama tiene su origen en un hecho delictivo, es evidente que aplica para el fallo las disposiciones del Capítulo II, Título XVI, Libro IV del Código civil, y con especialidad del artículo 1.902, indebidamente, en vez de los artículos del Código penal, según preceptúa el 1.092 del mismo Código civil, que con acierto se cita como infringido... lo que viene corroborado *mutatis mutandis* por el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley vigente sobre uso y circulación de vehículos de motor". Y seguidamente añade el Tribunal Supremo que la sentencia de la Audiencia infringe el número 2 del artículo 1.968 del Código civil al estimar la prescripción de la acción ejercitada, "que no se deriva... de la culpa o negligencia civil a que se refiere el artículo 1.902, sino de la Ley Penal, habiendo declarado asimismo esta Sala en S. de 12 marzo 1934 que la responsabilidad civil procedente de delito no encaja en el párrafo 2.º del artículo 1.968, que se refiere sólo a la nacida del 1.093 y 1.902 del Código civil...". Es curiosa la cita de la S. de 12 marzo 1934, cuyo supuesto es totalmente diverso según luego aclararía la de 27 marzo 1979.

#### IV

Las sentencias resumidas anteriormente hacen referencia a otras que conviene examinar para confrontar su contenido. Algunas de ellas se citan en resoluciones de fallos opuestos.

Sentencias de 5 julio 1961 y 30 abril 1959. No plantean el problema, aunque incluyen un considerando sobre las causas de las obligaciones.

Sentencia 4 julio 1953.—Seguidas diligencias criminales sobre accidente ferroviario, se dictó sentencia condenando al maquinista. Posteriormente se entabla acción civil contra la Renfe en reclamación de indemnización, recayendo sentencia condenatoria. El supremo declara no haber lugar al recurso porque esta Sala "parte y encuadra la reclamación en la responsabilidad civil subsidiaria derivada de una condena penal, y el recurrente adopta el criterio de tratarse del ejercicio de la acción aquiliana, y al ser distinto el plazo prescriptivo en uno y otro caso, carecen de interés los actos interruptores, porque de todas maneras no había transcurrido el señalada para la acción ejercitada, sin que existiera el error de derecho atribuido a la Sala al aplicar normas legales pertinentes con el alcance propio de las mismas y aún cita la Sentencia de 12 de marzo de 1934, donde respecto a la materia prescriptiva fija en un año, conforme al número 2.º del artículo 1.968 del Código civil, la procedente de culpa extracontractual y señala plazo la responsabilidad derivada de delito el artículo 1.964 del Código civil, o sea, los quince años, por no tener término especial de prescripción...".

Sentencia 12 marzo 1934.—Ya se hizo referencia a esta sentencia por servir de punto de apoyo a la de 2 julio 1979 y rechazarse en la de 27 marzo 1979. Seguido juicio criminal recayó condena sin declaraciones de orden civil al haberse reservado las acciones el perjudicado; el Supremo estima aplicable el plazo de prescripción de quince años del artículo 1.964 porque cuando existe delito declarado y penado debe regularse la culpa y responsabilidad por el Código penal, según el cual aquella responsabilidad se extinguirá del mismo modo que las demás obligaciones".

Sentencia 16 noviembre 1932.—Fallecido el presunto responsable, es indudable —dice— que el éxito de la acción civil "ex delito" contra los herederos de aquél queda subordinada a las condiciones que el derecho privado señala para hacer efectivo el resarcimiento de daños y perjuicios exigibles en la vía civil, con independencia del proceso criminal, porque una vez desligada la segunda de cualquier género de dependencia y subordinación respecto de la primera, adquiere la sustancia y el vigor autónomo del "quid" propio como atributo del derecho subjetivo pertinente al perjudicado frente a quienes no asumen otra responsabilidad que la patrimonial, de carácter exclusivamente civil, única trascendida del hecho ilícito realizado por el causante; y es obvio que teniendo la acción ahora discutida una génesis distinta, elementos diferentes y otra adscripción, jurisdicción privativa que la penal directa, ni los Tribunales del orden judicial pueden sin exceso de función declarar la existencia previa del delito como presupuesto original al del derecho reclamado, ni ampliar el término de vitalidad de la acción civil más allá de lo permitido por el artículo 1.968, que regula el ejercicio de la definida y sancionada en el artículo 1.902, únicos de aplicación al caso litigioso.

Sentencia 22 enero 1919.—Seguido sumario por violación, se dicta auto de procesamiento y se llega al trámite de calificación provisional, momento en que el auto de 2 marzo 1915 declara la rebeldía del procesado y reserva a las partes perjudicadas las acciones que les correspondan, notificándoseles el 15 abril 1915. El padre de la ofendida entabla demanda en juicio civil el 14 julio 1916, solicitando la condena del demandado a satisfacer al actor en concepto de dote para su hija la cantidad de 35.000 pesetas y a él la que resulte probada como daños y perjuicios; alegó el demandado la excepción de prescripción fundada en el artículo 1.968 del Código civil. El Juez de 1.<sup>a</sup> Instancia dictó sentencia condenatoria y la Audiencia revocó la misma, estimando la prescripción. Entablado recurso de casación, el Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia con los siguientes argumentos: "Las obligaciones de carácter civil no sólo nacen de las leyes de este carácter, de los contratos y de los actos y omisiones ilícitos en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, sino de los delitos y faltas, y como el Tribunal *a quo* reconoce en la sentencia recurrida que la obligación cuyo cumplimiento se reclama en el presente pleito tiene su origen en un hecho delictivo, es evidente que aplica para el fallo las disposiciones del Cap. II, Tít. XVI, Lib. IV del Código civil, y con especialidad el artículo 1.902, indebidamente, en vez de los artículos del Código penal, según preceptúa el 1.092 del mismo Código

civil, que con acierto se cita como infringido en el primer motivo, sin que sea parte a excusar esta infracción la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1902, porque terminado en aquel caso el proceso por sobreseimiento, no existían declaraciones de hechos determinantes de responsabilidad criminal que debieran servir de base para fijar la responsabilidad civil". "Por lo mismo que la Sala sentenciadora reconoce existe responsabilidad criminal presunta y que si ésta no se ha declarado en la causa es por el estado de rebeldía en que se ha constituido el demandado, ha infringido también el número 2.º del artículo 1.968 del Código civil, por aplicación indebida, al admitir la prescripción de la acción ejercitada, que no se deriva, como sostiene la sentencia recurrida, de la culpa o negligencia a que se refiere el artículo 1.902, sino de la ley penal, o sea, del artículo 444 de este último Código; y si el primer artículo sirve de fundamento a la sentencia de este Tribunal Supremo de 26 junio de 1909 que se cita por el Tribunal *a quo* para declarar la prescripción, fue porque en aquel caso no existía responsabilidad criminal, que se había extinguido por el indulto, y esto no acontece en el que es objeto del recurso". Sobre la índole especial de las medidas del artículo 444 del Código penal es interesante ver la S. de 5 julio 1978.

Sentencia 28 abril 1917.—Esta sentencia, proclive a la prescripción de un año, recuerda primero el principio general prohibitivo del ejercicio de la acción civil separadamente de la penal en tanto esté la última pendiente, y añade luego la excepción de que se aleje o imposibilite la efectividad de la acción penal por la contumacia o rebeldía del procesado, autorizando entonces (artículos 834 y 843 de la L. E. Crim.) el ejercicio de la acción civil con separación e independencia absoluta de la penal; y así independizada y desprendida de la acción penal la civil que asiste al perjudicado por un delito o falta, entra de lleno en cuanto a su ejercicio y duración en la esfera privada del Derecho civil y está, por consiguiente, sujeta al plazo de prescripción que determina el artículo 1.968, número 2.º, del Código civil".

Sentencia 17 diciembre 1914.—No trata esta sentencia de la prescripción. Seguidas diligencias criminales por accidente de tráfico, fue condenado el conductor con reserva de las acciones civiles; en el juicio civil posterior se condena al abono de indemnización al conductor y subsidiariamente al propietario del vehículo, aplicando el Tribunal Supremo la legislación penal.

Sentencia 26 junio 1909.—Se trataba de un caso de indulto. La acción civil posteriormente ejercitada la somete el Tribunal Supremo al plazo de prescripción de un año del artículo 1.968 del Código civil.

Sentencia 19 febrero 1902.—Esta sentencia no trata de la prescripción. Seguido sumario y reservadas las acciones civiles por el perjudicado, se dicta posteriormente auto de sobreseimiento provisional por no resultar justificada la perpetración del delito; contra la sentencia condenatoria recaída en el proceso civil se entabla recurso de casación, resuelto por el

Supremo en el sentido de no estimar los motivos 1.º, 2.º y 3.º, en los cuales se alegaba la aplicación indebida del artículo 1.093 y la omisión del 1.092 del Código civil. "Los preceptos —dice— de los artículos 1.092 y 1.093 del Código civil, en relación con los artículos 111 y 116 de la L. E. Crim., demuestran claramente que si bien los hechos que pueden ser constitutivos de un delito o falta han de ser juzgados por los Tribunales del orden criminal competente, cuando éstos ponen término a la respectiva causa en cualquiera de las formas autorizadas por la expresa Ley queda absoluta y completamente expedita la jurisdicción de los Tribunales civiles, sin otra limitación que la consignada en el párrafo primero del artículo 116, o sea, cuando por sentencia firme se declara que no existió el hecho de que la responsabilidad civil hubiese podido nacer, pues no se puede estimar pendiente una acción penal después de un auto de sobreseimiento que sólo ha lugar a abrir en su caso ejercitándole de nuevo". "Los mismos preceptos legales revelan con igual claridad que lo dispuesto en el artículo 1.092 del Código es para el caso de que los Tribunales de lo criminal hagan declaraciones dentro de los límites de su competencia que tengan que servir de base a los de lo civil; pero cuando esto no ocurre, por fundarse el sobreseimiento meramente en no haberse justificado en la causa los hechos determinantes de la responsabilidad penal, se impone la aplicación del precepto del artículo 1.093 para juzgar la culpa o negligencia en su aspecto civil, sin que en este sentido haya cometido, por tanto, la Audiencia de... ninguna de las infracciones alegadas".

## V

En resumen, las declaraciones jurisprudenciales no aparecen en una línea clara, fluctuando su criterio acerca de si la prescripción es anual o de quince años.

Apoyan la aplicación del artículo 1.964 del Código civil las SS. de 2 julio 1979 (fallecimiento del culpable, de forma incidental), 4 julio 1970 (fallecimiento) y 22 enero 1919 (rebeldía del procesado). Por el contrario, se deciden por la aplicación del artículo 1.968-2.º las de 27 marzo 1979 (indulto), 31 mayo 1978 (fallecimiento), 16 noviembre 1932 (fallecimiento), 28 abril 1917 (rebeldía) y 26 junio 1909 (indulto), además de la última de 24 diciembre 1980. En el supuesto de condena penal con reserva de acciones civiles, aplican la prescripción de quince años las SS de 12 marzo 1934 y 4 julio 1953.

La estricta interpretación de los preceptos legales, así como el destacable argumento de que no cabe a los Tribunales civiles atribuir a un hecho el calificativo de punible, lleva a entender como más correcto el criterio de que aquéllos sólo podrán aplicar la legislación penal y consiguientemente el plazo de prescripción de quince años cuando haya precedido una condena por los Tribunales del orden penal. En esta dirección inciden reiteradas sentencias que si bien no enjuician directamente el problema del plazo de prescripción, sí entienden aplicable el Código civil cuando en la precedente causa criminal no haya recaído sentencia condenatoria.

## VI

Resta por estudiar un caso de aparente conflicto entre la prescripción de la acción civil y de la acción penal dada la distinta duración de los plazos respectivos.

Supuesto el sobreseimiento provisional o la declaración de rebeldía (arts. 641 y 843 de la L. E. Crim.), queda abierta al perjudicado la posibilidad de acudir a la vía civil en busca del oportuno resarcimiento. Si deja transcurrir el plazo de un año sin efectuarlo, parece, a primera vista, que la prescripción actuará en su contra, pero como siempre subsiste la posibilidad de que se reabra el procedimiento criminal (aparición del procesado, por ejemplo) el Tribunal de lo penal reasumirá sus facultades punitivas y caso de condena la extenderá al aspecto civil porque las declaraciones jurisprudenciales son terminantes acerca de la no prescripción de la acción civil en tanto subsista la penal. (Vid. S. 28 septiembre 1971, Sala II, y las que cita).

Si el perjudicado hubiera acudido dentro del año a los Tribunales civiles, y sea o no favorable a sus intereses la resolución del mismo, la posterior reapertura del procedimiento criminal dejará fuera de su ámbito todo lo relacionado con la responsabilidad civil, afectado por la cosa juzgada; así lo impone una razón de lógica jurídica, de seguridad y la desaparición del fundamento de simple oportunidad y economía procesal de los artículos 108, 111 y 112 de la L. E. Crim.

FRANCISCO CAPON REY,  
Juez

## HACIA LA CONSAGRACION JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS REALES DE ADQUISICION PREFERENTE

(Comentario a la Sentencia de 3 de abril de 1981)

Carlos Martínez de Aguirre Aldaz

**SUMARIO:** 1. Supuesto de la Sentencia.—2. Planteamiento.—3. Orden del comentario.—4. Naturaleza jurídica del derecho pactado: los derechos reales de adquisición preferente, atípicos y de origen convencional.—5. (Continuación).—6. Contenido del derecho pactado: semejanza con los derechos de tanteo, retracto y opción.—7. Utilización de la analogía para determinar la regulación del derecho pactado.—8. La lesión *ultra dimidium* y su aplicación al caso concreto.—9. Conclusiones.

1. Versa el presente comentario acerca de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de abril de 1981, dictada en autos de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía promovido ante el Juzgado de Primera Instancia de Villanueva y Geltrú, por doña H. M. S. contra don J. F. T. y don C. R. M., sobre declaración de nulidad de compraventa y otros extremos. En su contestación a la demanda, la representación de los demandados formuló reconvención sobre nulidad de inscripciones registrales y otros extremos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y desestimó en su totalidad la reconvención. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona revocó la sentencia dictada en primera instancia y absolvio a los demandados, dando lugar, además, a la reconvención interpuesta por éstos. Doña H. M. S. interpuso recurso de casación para ante el Tribunal Supremo, que lo estima en parte en su sentencia, así como estima, también parcialmente, la reconvención interpuesta por los demandados.

Don J. F. T. y don P. P. L. eran propietarios *pro indiviso* de unas fincas, adquiridas por mitad; previa su agrupación, en fecha 12 de mayo de 1915 otorgaron escritura de división, adjudicándose al señor F. T. la mayor superficie y siendo compensado don P. P. L. con la cantidad de dos mil pesetas. Asimismo, ambas partes convinieron en que una parcela del solar adjudicado a don J. F. T. pasaría a ser propiedad del señor P. L. o sus sucesores cuando dicha parcela pasara al dominio de tercera persona distinta de don J. F. T. o su cónyuge, siempre que entregaran o consignaran la cantidad de doscientas cincuenta pesetas en el plazo de seis meses desde que don P. P. L. o sus sucesores tuvieran noticia del traspaso; para ello, el señor F. T. o sus sucesores deberían dar conocimiento del traspaso al señor P. o sus sucesores —y tratándose de actos *inter vivos*, el aviso debería darse con ocho días de antelación—. En fecha 4 de agosto de 1978 don J. F. T. vendió la parcela objeto del pacto a

doña C. R. M., siendo su valor actual superior a los dos millones de pesetas. Doña H. M. S. es sucesora en el dominio de la finca adjudicada a don P. P. L., tras sucesivas transmisiones.

2. El elenco de cuestiones jurídicas que presenta la Sentencia comentada, todas ellas importantes y debatidas, y el entramado de relaciones que entre las mismas se producen, la hacen especialmente digna de atención. Baste citar los derechos reales de adquisición preferente atípicos y de origen convencional, la utilización de la analogía para determinar su régimen jurídico, o la aplicabilidad a estos derechos de la lesión *ultra dimidium catalana*, para comprender el interés de la doctrina sentada por esta sentencia, de la que fue ponente don Antonio Fernández Rodríguez.

Todas estas cuestiones se plantean en torno a un pacto, contenido en la escritura de división de la finca inicial, y cuyo tenor literal es el siguiente:

“La parte del solar de extensión superficial setecientos cincuenta y seis metros cuadrados sesenta y seis centímetros cuadrados, situada al suroeste, en la porción adjudicada al señor F., y que está marcada en el plano adjunto y designada por el cuadrado E. F. K. L. pasará a ser propiedad de don P. P. L. o de los sucesores de este señor en el dominio de la porción adjudicada al mismo, cuando la totalidad de la porción adjudicada a don J. F. T. o el terreno colindante con dicho cuadro, pase al dominio de una tercera persona que no sea don J. F. o su esposa, doña G. S. V., bien se verifique este traspaso por actos *inter vivos* o *mortis causa*, siempre que el señor P. o aquellos sucesores entreguen a don J. F. o sus herederos, la cantidad de 250 pesetas o realicen consignación de dicha cantidad en forma legal”.

Se pactó asimismo que, si transcurridos seis meses desde la fecha en que el señor P. o sus sucesores tuvieran noticia del traspaso no se hubiera satisfecho dicha cantidad, esa cláusula quedaría nula y sin efecto; y para mejor “acatación” (sic) se hacía constar la obligación de dar conocimiento en forma legal, por parte del señor F., o su esposa, o sus sucesores, en todos los casos citados, y para los actos *inter vivos* con ocho días de anticipación.

3. El orden que se va a seguir en este comentario es el mismo establecido por el Tribunal Supremo en sus Considerandos, sin perjuicio de tratar conjuntamente aquellas cuestiones en que así lo exija la coherencia interna de esta exposición.

La primera cuestión que se plantea el Tribunal Supremo es la referente a la naturaleza del derecho pactado en la cláusula sexta de la escritura de división y adjudicación de fincas, más arriba reproducida. Da respuesta el Juzgador a ello afirmando tratarse de un derecho de adquisición preferente sobre la parcela a que se refiere la antedicha cláusula;

derecho al que se reconocen los caracteres de atípico y convencional (Considerando tercero de la primera sentencia) por un lado, y real (Considerando tercero de la segunda sentencia) por otro.

Surgen a continuación las cuestiones relativas al contenido de tal derecho (Considerando cuarto de la primera sentencia), a su posible analogía con el retracto convencional, y con los derechos reales de adquisición preferente de origen legal (Considerando sexto de la primera sentencia) y a sus efectos (Considerando tercero de la segunda sentencia), cuestiones todas ellas que serán abordadas a lo largo del presente comentario.

Por último, sólo restará hacer referencia a la aplicación que de la lesión *ultra dimidium* hace el Tribunal Supremo al caso concreto, con alusión a la problemática que plantea la desvalorización monetaria en relación a los derechos reales de adquisición preferente.

4. Tras rechazar —y fundamentar el rechazo adecuadamente— que el pacto más arriba recogido pueda considerarse como una venta a carta de gracia, el Tribunal Supremo afirma que se trata de un derecho de adquisición preferente, que tiene carácter "...atípico o innominado, con plena eficacia en su exacto alcance y carácter, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código civil" (Considerando tercero de la primera sentencia); es decir, que es un derecho de adquisición preferente atípico, y de origen convencional.

En cuanto a su configuración como derecho real, parece más reticente nuestro más alto Tribunal, puesto que en la mayor parte de las ocasiones se refiere, simplemente, a un "derecho de adquisición preferente", "de preferencia adquisitiva" u otras expresiones similares; sin embargo, en el Considerando tercero de la segunda sentencia emplea la expresión "derecho real inscrito de adquisición preferente".

En conclusión, para el Tribunal Supremo, el derecho dimanante de la cláusula transcrita es un derecho real de adquisición preferente, de origen convencional y atípico.

La categoría de los derechos reales de adquisición preferente, procedente de la doctrina alemana y recibida en España en época relativamente reciente (1), ha sido objeto de elaboración y adaptación a nuestro derecho en los últimos años (2), y hoy puede considerarse como generalmente aceptada por la doctrina jurídica española (3).

Es característica definitoria de estos derechos el otorgar a su titular la facultad de adquirir onerosamente la cosa sobre la que el derecho recae, con preferencia a cualquier otra persona, de forma que vendrían a

(1) Habría que situar esta recepción en la traducción y anotación de la obra de WOLFF, *Derecho de Cosas*, realizada por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER. Así lo indican GARCÍA CANTERO en *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales*, tomo XIX (Madrid, 1980), p. 447; y SANCHO REBULLIDA, en *Elementos de Derecho Civil*, en colaboración con LACRUZ BERDEJO, tomo III, vo. 2.º (Barcelona, 1980), p. 237.

(2) Destacadamente, GARCÍA CANTERO, op. cit., sub art. 1.506, pp. 487 y ss.; y GARCÍA AMIGO, *Derechos reales de adquisición (notas para una teoría general)*, R. D. P., 1976, pp. 99 y ss.

(3) En tal sentido, GARCÍA CANTERO, op. cit., p. 487. Sin embargo, esta categoría es contestada por DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil: Derecho de cosus* (Madrid, 1977), p. 51.

incidir sobre el poder de disposición del propietario polarizándolo en su favor, en expresión de Sancho Rebullida (4). En este sentido se pronuncia la sentencia comentada en su Cuarto considerando *in fine*, al afirmar que "... el derecho de preferencia adquisitiva por un tercero no es atribución de facultad reintegradora en el dominio por el vendedor, si que simplemente medio posibilitador de sustituir al tercero a quien se da preferencia al que, en su caso, resulte comprador".

Junto a esta característica, última diferencia entre los derechos reales de adquisición preferente y los demás derechos reales limitados, se pueden señalar otras cuatro más, que vienen a completar la descripción de esta figura, de manera que serían predicables de los derechos reales de adquisición preferente los siguientes cinco caracteres (5): "a) atribuyen a su titular un derecho real sobre una cosa; b) que les faculta para adquirir onerosamente su propiedad, bien sea incondicionalmente, bien sólo en el caso de que el propietario actual proyecte en firme su enajenación o la haya realizado a un tercero; c) otorgan a su titular una acción *erga omnes*; d) son limitativos del dominio, pues, o bien privan de la facultad de disponer al sujeto gravado, o la condicionan otorgando una preferencia frente a terceros adquirentes; e) son limitados pues no atribuyen la plenitud de facultades sobre una cosa, sino que preparan o posibilitan el nacimiento del derecho real pleno, ya que su ejercicio aboca a convertir al titular en propietario".

Hay que señalar que esta categoría no es para el ordenamiento jurídico español una construcción meramente doctrinal; el Fuero Nuevo de Navarra dedica el Título VI del Libro III a la regulación "De los retractos y otros derechos de adquisición preferente", lo que supone el reconocimiento legal de esta categoría de derechos reales limitados (6), cuyas normas podrían utilizarse por su precisión dogmática y perfección técnica, como criterios interpretativos para el Derecho común (7).

Es evidente que conviene al derecho pactado en la cláusula sexta antes transcrita su configuración por la sentencia comentada como un derecho real de adquisición preferente, en el sentido elaborado por la doctrina, puesto que otorga a su titular, don P. P. L. —o sucesores— la facultad de adquirir, previo pago o consignación de la suma de 250 pesetas, la parcela designada en los planos correspondientes con las letras E. F. K. L. con preferencia a tercera persona, mereciendo a estos efectos la consideración de tercero cualquier persona que no sea don J. F. T. o su esposa doña G. S. V. Este hecho últimamente señalado, que autoriza la transmisión de la parcela indicada a doña G. S. V., no debe conside-

(4) Op. cit., p. 238. Coincidirán también en la concurrencia necesaria de esa característica GARCÍA CANTERO, op. cit., p. 488; GARCÍA AMIGO, op. cit., p. 102; SERRANO ALONSO, *Notas sobre el derecho de opción*, R. D. P., 1979, p. 1.134.

(5) GARCÍA CANTERO, op. et loc. cit. Un amplio análisis de la estructura y características de tales derechos en GARCÍA AMIGO, op. et loc. cit.

(6) En tal sentido, GARCÍA CANTERO, op. cit., p. 485; la regulación que de esta categoría reina en el Fuero Nuevo es recogida por extenso en GARCÍA CANTERO, op. et loc. cit.; y GARCÍA AMIGO, op. cit., pp. 122 y ss.

(7) GARCÍA CANTERO, op. cit., p. 487.

rarse tanto un límite impuesto al derecho real de adquisición preferente de que es titular don J. F. T., cuanto el supuesto de hecho a que se subordina el ejercicio del indicado derecho: que la parcela E. F. K. L. pase al dominio de persona distinta a don J. F. T. o doña G. S. V.

5. Un segundo punto digno de atención es el que se refiere a la atribución al derecho real de adquisición preferente pactado de las notas de atípico y convencional, que hace la sentencia del Tribunal Supremo.

Por lo que al primer aspecto se refiere, distinguen los autores dos tipos fundamentales de derechos reales de adquisición preferente (8): a) derecho de opción, que faculta a su titular para adquirir la cosa sobre la que recae el derecho, en el plazo y con el precio y condiciones previamente establecidos; b) derechos de tanteo y retracto, que facultan a su titular para adquirir la cosa sobre la que recae el derecho, con ocasión de su enajenación, y en condiciones idénticas a las fijadas para tal enajenación; si dicha facultad se atribuye para antes de llevarse a cabo la enajenación, será tanteo, y si para después, retracto. Junto a estos dos tipos generales, se admite la posible existencia de tipos mixtos, que conjugan elementos de ambos (9), y a los que se puede denominar, en el mismo sentido que la sentencia comentada, derechos reales de adquisición preferente atípicos.

A este último género pertenece sin duda —tal y como señala el Tribunal Supremo— el derecho pactado, ya que, por un lado, faculta a su titular para adquirir la cosa con ocasión de su enajenación, y por otro lo hace en el plazo y con el precio previamente establecidos. La alteración del precio pactado, incrementándolo de 250 a 2.000.000 de pesetas que impone el Tribunal Supremo no supone otra cosa que la actualización de dicho precio, que actúa con independencia de las condiciones en que se hubiera pactado la enajenación inicialmente proyectada.

Entrando ya en el segundo aspecto —derechos reales de adquisición preferente de origen convencional—, señala la doctrina que tanto uno como otro de los supuestos típicos —y forzosamente en el caso de los atípicos— pueden encontrar su origen en la voluntad de las partes (10). A ello se refiere el juzgador al afirmar que el derecho pactado entre los señores F. T. y P. L. es un derecho de adquisición preferente "... con plena eficacia en su exacto alcance y carácter, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código civil". Se da entrada de esta manera a la autonomía de la voluntad como fuente de derechos reales de adquisición preferente, sin límite de tipicidad: las partes pueden pactarlos con las condiciones que estimen convenientes, dentro de los límites establecidos con carácter general para la autonomía de la voluntad por el artículo 1.255 del Código civil.

(8) Cfr. GARCÍA CANTERO, op. cit., p. 488, y SANCHO REBULLIDA, op. cit., p. 239. Por su parte, GARCÍA AMIGO, op. cit., p. 105, aun reconociendo la proximidad conceptual entre el tanteo y el retracto, prefiere seguir considerándolos en forma independiente, y distinguir entre opción, tanteo y retracto.

(9) GARCÍA CANTERO, op. et loc. cit.

(10) GARCÍA CANTERO, op. cit., p. 491; SANCHO REBULLIDA, op. et loc. cit.; GARCÍA AMIGO, op. cit., p. 104.

En cuanto a la exigencia de inscripción en el Registro de la Propiedad de los derechos de adquisición preferente de origen convencional sobre inmuebles, para que puedan ser considerados como derechos reales (11), la sentencia objeto del comentario no se plantea —ni resuelve, por tanto— la cuestión, ya que en el supuesto de hecho que contempla, el derecho pactado en la cláusula sexta de la escritura de división y adjudicación de fincas se hallaba inscrito en el Registro. La única alusión a ello se encuentra en el tercer considerando de la segunda sentencia, que se refiere al “derecho real inscrito de adquisición preferente”.

Se puede decir, y así se deduce de lo indicado hasta el momento, que el Tribunal Supremo realiza en esta Sentencia una breve pero completa recepción de la doctrina de los derechos reales de adquisición preferente, tal y como ha sido formulada por los autores; y ello a través de la admisión de la figura quizás más conflictiva dentro de dicha doctrina, por ser la que la lleva a sus últimas consecuencias: los derechos reales de adquisición preferente de origen convencional atípicos.

6. Sin embargo, la Sentencia comentada no realiza una exposición sistemática del contenido del derecho pactado, sino más bien una delimitación negativa, que se plantea en un doble sentido:

a) No se trata de un supuesto de venta a carta de gracia, que no es sino una forma de aseguramiento que requiere esencialmente un convenio determinante de una venta dependiente del vendedor, transmitiéndose al comprador únicamente un derecho interino y no el dominio respecto al enajenante —aunque sí frente a terceros que no estén registralmente amparados— (12). Claramente, no se trata del supuesto de hecho de la controversia.

b) Por otro lado, el derecho pactado se diferencia del retracto convencional: 1) por su naturaleza, al no existir compraventa del señor F. al señor P.; 2) por sus efectos, porque no hay reembolso del precio, gastos del contrato y gastos necesarios y útiles, sino entrega de una cantidad fija, ya determinada; 3) por las condiciones de su nacimiento, ya que la acción correspondiente no nace por voluntad del señor P., sino por la enajenación de la parcela —o la pretensión de hacerlo— (13).

Por lo demás, esta diferenciación en doble sentido no se refiere en realidad sino a una misma figura, dadas las similitudes existentes entre el retracto convencional y la venta a carta de gracia, que llevan a la doctrina a identificarlas (14).

Sin embargo, del texto de la sentencia comentada pueden extraerse los rasgos fundamentales que constituyen el contenido del derecho pactado:

(11) En este sentido, GARCÍA CANTERO, op. cit., p. 392. SANCHO REBULLIDA, op. cit., p. 260, se pronuncia también por esta solución para el Derecho del Código civil, pero no para el navarro, en virtud de lo establecido por la Ley 460 del Fueno Nuevo.

(12) Cfr. arts. 326 a 329 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña.

(13) Cfr. arts. 1.507 a 1.520 del Código civil. En la doctrina, GARCÍA CANTERO, op. cit., pp. 504 y ss.

(14) GARCÍA CANTERO, op. cit., p. 504; GARCÍA AMIGO, op. cit., p. 121.

a) Hay que partir, como supuesto de hecho que da lugar a la efectividad de tal derecho, de la enajenación —o propósito de llevarla a cabo— de la parcela gravada, de forma que pase al dominio de tercera persona que no sea el señor F. o su esposa, doña G. S. V. (y no, como erróneamente afirma la sentencia, de los sucesores de aquél): sexto considerando de la primera sentencia.

b) Tal derecho es para su titular un medio posibilitador de sustituir al adquirente de tal finca: cuarto considerando de la primera sentencia.

c) Mediante el abono o consignación en forma legal de la cantidad —previamente determinada— de 250 pesetas (tercer considerando de la primera sentencia), en un plazo de seis meses desde que su titular tuviera noticia de la transmisión.

d) A lo que habría que añadir —y así lo reconoce el Tribunal Supremo, implícitamente en el segundo considerando de la segunda sentencia, y con claridad en el fallo de la misma— la obligación del señor F., su esposa o sucesores de notificar el traspaso al titular del derecho en todo caso, y con ocho días de antelación si tuviera lugar por un acto *inter vivos*.

Estructurado de este modo el contenido del derecho recogido en la cláusula más arriba transcrita, resultan más fácilmente apreciables las similitudes que presenta con las figuras típicas de tanteo, retracto y opción.

Así, es similar al tanteo y al retracto en los siguientes aspectos:

a) El supuesto de hecho que hace nacer la acción, y que es similar, aunque no idéntico: voluntad de enajenar —tanteo— o enajenación de la cosa —retracto— (15), por un lado, y, en el caso concreto, voluntad de transmitir el dominio en caso de actos *inter vivos* —así se deduce de la obligación de preaviso establecida— o transmisión efectiva del mismo, en todo caso. Se puede afirmar que el supuesto de hecho es semejante al del tanteo en caso de transmisión por actos *inter vivos*, y al de retracto en todo caso de transmisión efectiva del dominio sobre la parcela afectada. Y si me refiero a similitud y no a identidad es por la mayor amplitud del supuesto pactado —toda transmisión del dominio— frente a la menor de los supuestos típicos —enajenación— (16).

b) La facultad que confiere el derecho a su titular: preferencia del mismo para la adquisición de la cosa frente al adquirente eventual o efectivo de ésta (17).

c) La necesidad de preaviso para el tanteo y en el caso concreto, para la transmisión por acto *inter vivos* (18); y el establecimiento de un plazo para el ejercicio del retracto, o del derecho pactado (19).

Por otro lado, se asemeja al derecho de opción en cuanto a las con-

(15) Cfr. GARCÍA CANTERO, op. cit., p. 488.

(16) Cfr. art. 1.521 del Código civil, y GARCÍA CANTERO, op. et loc. cit.

(17) Cfr. GARCÍA CANTERO, op. et loc. cit.

(18) Cfr. Leyes 445 y 462 del Fuero Nuevo de Navarra.

(19) Cfr. art. 1.524 del Código civil; Ley 462 del Fuero Nuevo de Navarra.

diciones en que su titular podrá ejercitario, y consistentes exclusivamente en el pago o consignación en legal forma de la cantidad fija de 250 pesetas (20).

7. Este análisis comparativo tiene gran importancia a la hora de determinar la regulación de la figura contenida en la cláusula más arriba transcrita en lo no especialmente pactado; regulación que habrá de hacerse por medio de la analogía. A ello se refieren los considerandos tercero, cuarto y sexto de la primera sentencia.

En los dos citados en primer lugar se desestima el motivo segundo del recurso de casación, basado en la aplicación indebida de los artículos 4-1 y 1.508 del Código civil, y violación de los artículos 10-1, 10-5, 13-2 y 16 pr. del Código civil, y Disposición Transitoria Quinta de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña. La desestimación se produce por partir dicho motivo del supuesto de una venta con carta de gracia, que no es apreciable por no darse en el caso concreto los presupuestos necesarios para reconocer tal figura. Es decir, que sin aludir directamente a ello, niegan que entre el derecho pactado y la venta a carta de gracia se dé esa identidad de razón que exige el artículo 4-1 del Código civil para que proceda la aplicación analógica de una norma a un supuesto carente de regulación legal.

Este mismo argumento es el que recoge el sexto considerando de la primera sentencia —aunque esta vez explícitamente— para estimar el motivo primero del recurso:

“Es de estimar el motivo primero, toda vez que... la resolución impugnada hace una indebida aplicación del artículo cuatro, uno del Código civil, porque al declarar caducado y extinguido el indicado derecho de adquisición preferente pactado en la cláusula sexta de la escritura pública de doce de mayo de mil novecientos quince, lo hace utilizando la *analogía legis*, generalizando las disposiciones concretas de los artículos mil doscientos ochenta y nueve y mil quinientos ocho del Código civil a la invocada relación jurídica de adquisición preferente, sin que para ello se cumplan los requisitos exigidos por el meritado artículo cuatro, uno del Código civil, y concretamente la identidad de razón expresada por el principio *ubi eadem ratio, ibique eadem legis dispositio...*”.

Y, a continuación, indica las diferencias existentes entre el derecho pactado y el retracto convencional, tal y como han quedado reflejadas más arriba.

Sin embargo, tras afirmar que el derecho pactado no puede entenderse caducado por el transcurso de los plazos establecidos en el artículo 1.508 citado, al no ser este precepto susceptible de extensión analógica al supuesto contemplado, el Tribunal Supremo señala que, en todo caso, no pueden considerarse transcurridos dichos plazos, ya que

“producida en el cuatro de agosto de mil novecientos sesenta y ocho la venta de la precitada parcela objeto de la presente

---

(20) Cfr. GARCÍA CANTERO, op. et loc. cit.

controversia y que es determinante de la posibilidad de aco-gese al indicado derecho de adquisición preferente, y en con-secuencia cuando ese derecho nace, formulada la demanda po-niendo en ejercicio tal derecho mediante escrito fechado el veintidós de junio de mil novecientos sesenta y nueve, pro-veida a trámite en catorce de julio siguiente, no ha transcu-rrido ni un año, y por tanto no puede producirse caducidad con base en la referida normativa del artículo mil quinientos ocho del Código civil".

Se produce así una acumulación subsidiaria de argumentos que pa-trocinan la misma solución, pero por caminos distintos y en cierta me-dida contradictorios: la no concurrencia de la identidad de razón exigida por el artículo 4-1 del Código civil para proceder a la extensión analó-gica del artículo 1.508 del mismo cuerpo legal, y el no haber transcu-rrido los plazos previstos en este último precepto.

Por otra parte, el Tribunal Supremo no fija las normas que podrían regir, por vía de extensión analógica, el derecho pactado, por concurrir entre ellas y dicho derecho la necesaria identidad de razón. Tal identidad de razón —que es el centro de gravedad del problema de la aplicación analógica de las normas (21)— no puede consistir en una pura semejanza o similitud entre el caso concreto y el supuesto de hecho de la norma cuya extensión analógica se pretende (22); sino que exige un juicio de valor sobre el hecho de que la solución que el caso debe recibir es la misma estatuida en la norma análoga (23).

En el supuesto aquí contemplado hay que partir del análisis realiza-do sub núm. 6 de este comentario, y referido a las semejanzas entre el derecho de adquisición preferente pactado y las figuras típicas de tanteo, retracto y opción. De este análisis se deduce que el derecho atípico de adquisición preferente establecido no presenta una identidad de razón total con ninguna figura típica que sea susceptible de aplicación analó-gica en su totalidad; son más bien aspectos concretos del mismo los que presentan tal identidad de razón con los de los derechos típicos. Así, pues, a cada uno de estos aspectos le serán de aplicación, por extensión analógica, las normas reguladoras de la figura típica (tanteo, retracto u opción) con la que presente la identidad de razón, y en lo que la pre-sente, en el sentido recogido en el número anterior de este comentario.

8. Queda como última cuestión a considerar la aplicación que lleva a cabo nuestro más alto Tribunal de la lesión *ultra dimidium* del Derecho catalán al derecho pactado de adquisición preferente, en el siguiente sentido:

"claro es que se produce una evidente desproporción entre el va'or real assignable a la tan repetida finca, superior a dos millones de pesetas, y la cantidad de doscientas cincuenta pe-

(21) DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I (Madrid, 1981), p. 214.

(22) Id., p. 212.

(23) Id., p. 213.

setas en que la meritada señora M. S. pretende adquirirla, lo que determina ... lesión indudable en tal pretendida compraventa a favor de la meritada señora H. M. S., que lleva a la no procedencia de su reconocimiento con efectividad, toda vez que en Derecho catalán viene recogida la lesión enorme o 'ultra dimidium', ... tomado del Derecho romano y el canónico, que exigen en el precio no sólo los requisitos de verdadero, cierto y consistente en dinero, sino además el que sea justo, y así lo proclama actualmente la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña ... cuando en su artículo trescientos veintitrés previene que son rescindibles los contratos de compraventa en que el enajenante sufra lesión en más de la mitad del justo precio...".

Dos son las cuestiones que surgen al hilo de este párrafo: la posibilidad de aplicar la lesión *ultra dimidium* a los derechos reales de adquisición preferente —y, concretamente, al pactado en la cláusula transcrita— tal y como lo hace el Tribunal Supremo; y la más general de la problemática de tales derechos en relación con la desvalorización monetaria.

En cuanto al primer aspecto, hay que partir de lo establecido por el artículo 323, párrafo primero, de la Compilación de Cataluña: "los contratos de compraventa, permuto y demás de carácter oneroso, relativos a bienes inmuebles, en que el enajenante haya sufrido lesión en más de la mitad del justo precio, serán rescindibles a su instancia aunque en el contrato concurran todos los requisitos necesarios para su validez".

En el caso de los derechos reales de adquisición preferente, hay que distinguir entre el derecho mismo —en el que se configura una compraventa cuyo objeto y precio se encuentran ya determinados— y el contrato de compraventa que nace como consecuencia del mismo. No cabe duda de que perfeccionado este contrato de compraventa —que encuentra su causa en el derecho real de adquisición preferente—, y concurriendo en él las circunstancias establecidas en el artículo transcrita, es perfectamente rescindible por lesión *ultra dimidium*, como cualquier otro contrato de compraventa (24).

El problema surge —y es el que se plantea en la sentencia— cuando el derecho real de adquisición preferente prefigura un contrato de compraventa en el que se pueden apreciar las circunstancias del artículo 323 citado, pero dicha compraventa no se ha perfeccionado todavía; ¿cabe, entonces, acudir a la lesión *ultra dimidium*? El Tribunal Supremo da respuesta afirmativa a esta pregunta: doña H. M. S. pretende que se otorgue en su favor contrato de compraventa de la parcela de refe-

(24) Así, ALBALADEJO, *Estudio sintético de la rescisión por lesión en más de la mitad en los Derechos Catalán y Navarro*, R. D. P., 1976, pp. 983 y s., para un supuesto de ejercicio de derecho de retracto en que, no siendo la compraventa inicial que da lugar al mismo susceptible de rescisión por lesión, por cualquier causa el bien retraído ha aumentado su precio a más del doble del fijado en dicha compraventa, cuando el retrayente ejercita su derecho.

rencia, en las condiciones previstas por el derecho pactado; el Tribunal Supremo, apreciando que en dicha pretendida compraventa concurren los presupuestos de aplicación de la lesión *ultra dimidium* afirma la "no procedencia de su reconocimiento con efectividad jurídica".

Así, pues, para el Tribunal Supremo, la norma del artículo 323 de la Compilación catalana no es sino manifestación de un principio general del Derecho catalán: el del justo precio. La violación de este principio dará lugar, normalmente, a la rescisión por lesión *ultra dimidium* del contrato celebrado; pero también puede ocasionar —como en el caso comentado— la ineficacia del derecho real de adquisición preferente, por ser lesiva del dicho principio la compraventa en él configurada (25).

Aunque esta interpretación es claramente extensiva del tenor literal del tantas veces citado artículo 323, la solución ofrecida parece adecuada en Justicia y en Derecho. Más aún cuando una aplicación estrictamente literal de este precepto al caso concreto conduciría al resultado absurdo de imponer judicialmente el otorgamiento de una compraventa que, acto seguido, podría ser rescindida por incurrir en lesión *ultra dimidium*.

Más dudosa es la solución ofrecida por el juzgador en cuanto a la aplicación del artículo 325 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña: en efecto, tras indicar que las consecuencias de ineficacia contractual derivadas de la lesión *ultra dimidium* pueden evitarse mediante el pago en dinero del complemento del precio o valor lesivos, señala que ello no ha sido efectuado por la demandante, doña H. M. S., "que limitó su expresada pretensión adquisitiva al simple abono de doscientas cincuenta pesetas".

Esta solución, aplicada a todos los supuestos, convertiría en ineficaz la norma contenida en el citado artículo 325, puesto que es de esencia de la lesión *ultra dimidium* que la "pretensión adquisitiva" del comprador sea inferior al justo precio, al menos en la mitad del valor de éste. Alegar tal circunstancia para no aplicar el artículo 325 de la Compilación de Cataluña es privar de eficacia al precepto. En mi opinión, hubiera sido más correcto ofrecer a doña H. M. S. —que ha cumplido con lo pactado al consignar las 250 pesetas—, una vez apreciada la concurrencia de la lesión, la posibilidad de completar dicha cantidad hasta llegar al justo precio, sin interés alguno —por no haberse consumado la compraventa—.

Cuestión diferente es la aplicación llevada a cabo por la Sala del principio *iura novit curia*, en los siguientes términos:

"sin que para la apreciación de las meritadas consecuencias de ineficacia de la lesión obste que se haya alegado en fase

---

(25) Respecto a la base sobre la que descansa esta institución, detalladamente, ANDREU RAMI, *El fundamento de la rescisión por lesión en las Compilaciones del Derecho Civil de Navarra y Cataluña*, R. J. C., 1974, pp. 625 y ss.; para el Derecho catalán llega a la conclusión de que el fundamento de la lesión *ultra dimidium* lo constituye la falta en el enajenante de un ánimo liberal correlativo al enriquecimiento del adquirente, siendo el desequilibrio en las prestaciones presupuesto legal, pero no fundamento de la institución.

procesal de dóblica, tanto porque ello surge de la propia exposición fáctica del proceso, con su correspondiente confirmación probatoria, cuanto debido a que se trata de una apreciación de índole jurídica que emana de la fase de enunciado de las bases en que el procedimiento se conformó, que como de tal índole es de apreciación judicial en virtud del principio '*iura novit curia*', posibilitador de que el órgano jurisdiccional aplique el derecho de adecuada procedencia al caso, con independencia de que sea o no alegado por las partes".

Hay que poner este párrafo en relación con el tantas veces citado artículo 323 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña, que establece que la rescisión por lesión *ultra dimidium* se produce a instancia del enajenante. En mi opinión, esa "instancia" concurre en el caso que nos ocupa en cuanto el contrato ha sido impugnado, aunque sólo en fase de dóblica se alegara la concurrencia de la lesión; tal alegación hay que entenderla —como lo hace el Juzgador— no como de los hechos que prueban la existencia de la lesión —que ya obraban en autos—, sino del derecho aplicable a tales hechos. En tal caso —y sólo en él— es correcta la aplicación del aforismo *iura novit curia*, y de su paralelo *da mihi factum, dabo tibi ius*.

En realidad, toda la construcción que ha quedado reflejada hasta ahora es una muestra del esfuerzo realizado por el Tribunal Supremo para superar lo que se perfilaba como una clara injusticia, que encontraría su causa en la desvalorización monetaria acaecida entre la fecha de la escritura de división y adjudicación y la fecha en la que se pretende la efectividad de la cláusula sexta de la citada escritura.

Se pone así de relieve la incidencia que puede tener el problema de la desvalorización monetaria con respecto a los derechos reales de adquisición preferente; incidencia que no se producirá con respecto al tanteo o al retracto por su propia estructura, pero sí respecto a la opción por tiempo indefinido, o a otros derechos reales de adquisición preferente atípicos, con precio determinado y por tiempo prolongado o indefinido. Para hacer frente a ello, el Fuero Nuevo de Navarra, en su Ley 461, párrafo 3.º, prevé la posibilidad de establecimiento de cláusulas de estabilización, extensible a los supuestos atípicos en aplicación del principio de libertad civil; solución esta que parece predictable también de otros ordenamientos españoles, y de todos aquellos derechos reales de adquisición preferente en que se plantee el problema. Problema que, sin embargo, continuará vigente en los casos en que no se hayan pactado estas cláusulas, y que deberá ser resuelto mediante otros expedientes, como el utilizado por el Tribunal Supremo en la Sentencia comentada.

9. Para concluir, creo que son dos los aspectos más importantes y de mayor relieve en la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en esta Sentencia.

El primero de ellos, referente a la configuración del derecho pactado como derecho real de adquisición preferente, de origen convencional, y atípico, admitiendo en nuestro ordenamiento una figura de elaboración doctrinal reciente, y aún debatida.

El segundo, relativo a la solución con que se evita la injusticia que provocaría la aplicación estricta del derecho real de adquisición preferente pactado, a causa de la incidencia de la desvalorización monetaria en el precio establecido. Ello por medio de la formulación del principio general del justo precio —a partir de la regulación concreta de la lesión *ultra dimidium*— para el Derecho catalán; y con alegación del principio *iura novit curia* para justificar esa aplicación.

En ambos casos nuestro más alto Tribunal muestra tanto su apertura a las corrientes doctrinales más recientes, como su flexibilidad en la utilización del Derecho como instrumento técnico al servicio de la justicia; y ello, sin perjuicio de las matizaciones técnicas que cabría aducir, algunas de las cuales han quedado recogidas en este comentario; matizaciones que no obstan al fundamental acierto de la doctrina mantenida en la Sentencia comentada (26).

---

(26) Hay que advertir que el comentario que se realiza sub núm. 8 en el texto, se refiere a los fundamentos establecidos por el Tribunal Supremo para su segunda Sentencia. Sin embargo, he considerado oportuno extender a ello este comentario por el indudable interés que presenta.

## II. SENTENCIAS

A cargo de Antonio CABANILLAS SANCHEZ, Jorge CAFFARENA LAPORTA, Pedro DE ELIZALDE Y AYMERICH, Gabriel GARCIA CANTERO y Angel LUCINI CASALES.

### I. DERECHO CIVIL

#### 1. Parte general

1. *Derecho navarro. Irretroactividad del amejoramiento de 1975.*—Aunque el contrato de fianza discutido se convino en 1969, antes pues de la promulgación de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, de 1973, ha de regirse por ésta, conforme a su norma general de retroactividad expresa (disposición transitoria primera), pero no sucede lo mismo con el Decreto-Ley 19/1975, de 26 de diciembre, que no contiene norma alguna de retroactividad, por lo que rige el precepto supletorio del artículo 2, párrafo 3, del Código civil, que proclama la regla general de irretroactividad.

*Vigencia del principio de irretroactividad de las leyes.*—Las situaciones jurídicas creadas al amparo de una norma no pueden ser alteradas sin que el legislador dé expresamente efecto retroactivo a la disposición, por la necesidad de respetar los derechos adquiridos, criterio corroborado por las dos primeras disposiciones transitorias del Código civil.

*Objeto del recurso de casación. Resolución que se impugna.*—La resolución recurrida en casación es la dictada por la Audiencia Territorial en segunda instancia, no la recaída en la primera, no siendo susceptibles de impugnación en casación los razonamientos contenidos en la de primer grado, a menos que hayan sido expresamente aceptados por la recurrida y siempre que tengan repercusión en el fallo.

*Contrato de fianza. Carácter abstracto.*—La relación deudor-fiador constituye el negocio causal de la fianza y agota sus efectos entre dichas partes, actuando la fianza en la relación fiador-acrededor de un modo autónomo, independiente de la causa, por lo que puede calificarse como obligación abstracta. Esta relación de garantía tiene una propia causa, aunque no se exprese, consistente en la ampliación de las facultades del acreedor, con el consiguiente aumento de seguridad, propio de toda garantía. (Sentencia de 19 de octubre de 1982; no ha lugar.)

2. *Buena fe en el ejercicio del Derecho.*—«Tanto la contradicción con los propios actos, como el retraso desleal, vulneran las normas éticas que deben informar el ejercicio del derecho, lo que determina que el ejercicio del derecho se torne inadmisible, con la consiguiente posibilidad de impugnarlo por antijurídico, al amparo del párrafo primero del art. 7 del Código civil.»

*Actos propios. Condonación de deuda.*—La falta de reclamación por el demandado hasta el 26 de mayo de 1978 de sus honorarios, por servicios profesionales que, como médico había prestado al actor entre 10 enero 1966 y 25 mayo 1975, denota, por el dilatado período de tiempo, un acto propio que ponía de manifiesto la inequívoca voluntad de condonarlos, engendrando fundamentalmente en el deudor la creencia de que tal condonación se había efectuado, razonable creencia que motivó hiciera una importante bonificación de lo que, a su vez, le era debido por la ejecución de la obra de la que era dueño el médico demandado.

*Retraso desleal.*—Actúa con «retraso desleal» en el ejercicio de su derecho el referido demandado, retraso que se pone de manifiesto por la circunstancia de que no reclama lo que entendía le era debido hasta el 26 de mayo de 1978, cuando ya el actor le había presentado liquidación del importe de la obra con las bonificaciones señaladas.

*Compensación de deuda.*—No siendo «exigible» el crédito del demandado por sus honorarios profesionales, porque ello iría en contra de la buena fe, no procede su compensación con el que en este procedimiento reclama el actor, fundado en la ejecución de una obra para aquél. (Sentencia de 21 de mayo de 1982; ha lugar.)

3. *Negocio fiduciario. Caracterización de la venta en garantía.*—La venta en garantía produce los efectos determinados en el pacto de fiducia respecto a la titularidad del fiduciario, sin que pueda tildarse de contrato ficticio o de relativamente simulado.

*Contenido de la titularidad fiduciaria.*—La titularidad fiduciaria o propiedad formal habrá de desplegar su eficacia conforme a lo convenido, debiendo observarse por el fiduciante su obligación de respetar y mantener la situación anómala creada, lo que determina la validez entre las partes de la venta en garantía, en cuanto elemento determinante de la concesión del préstamo, cuya extinción por pago arrastrará la titularidad del fiduciario, pero en tanto no se produzca el cumplimiento, le asistirá un «ius» o «titulus retinendi», que no permite que se le imponga la restitución.

*Calificación judicial de los contratos.*—El órgano jurisdiccional puede, aplicando la regla «iura novit curia», decidir atendiendo al contenido real del contrato y al propósito de los otorgantes, valorando las contrapuestas apreciaciones y las pruebas practicadas y prescindiendo de la denominación empleada por las partes. (Sentencia de 2 de junio de 1982; no ha lugar.)

4. *Expresión de causa falsa en el contrato. Operación real disimulada.*—El contrato de compraventa del piso a que se refiere el litigio contiene una causa falsa, determinante de su nulidad, cual es que la titularidad del mismo corresponde por mitad a los contendientes, pues de los hechos probados resulta que lo cierto es que fue adquirido por su madre y pagado su precio por la misma, sin que el actor haya realizado ningún acto de dominio o de

condominio. En consecuencia, en dicho contrato se produjo una ficción, a cuya virtud, por la interposición de una tercera persona, se ha disimulado otro aspecto contractual, y por ello, al no ser el demandante titular dominical del piso, mal podía pedir su división y venta en pública subasta, al surtir sus efectos la real operación de compra disimulada, es decir, el acceso a la propiedad de la madre de los litigantes. (Sentencia de 26 de diciembre de 1981; *ha lugar*.)

*Hechos.*—El piso a que se refiere el litigio fue adquirido en 1958, mediante contrato de compraventa formalizado en escritura pública e interviniendo en ella como adquirentes los dos hermanos que son partes en el pleito. El primero de ellos, que contaba entonces con veintidós años, compareció por sí, mientras que el segundo, que tenía diecisiete años, fue representado por su madre, titular de la patria potestad, al encontrarse el padre incapacitado; ambos carecían de bienes propios para realizar la adquisición. Dicho piso se encontraba ocupado por los padres en arrendamiento y continuó después como hogar familiar.

El hijo menor, que había abandonado hacia tiempo el piso, al trasladar su residencia, ejercitó la acción de división de la comunidad, siendo acogida su pretensión por el Juez de primera instancia, cuyo fallo fue confirmado en apelación.

NOTA.—La aplicación de la figura de la simulación a supuestos como el presente no plantea especiales dificultades. Son numerosos los casos en que el Tribunal Supremo ha examinado la «puesta a nombre de otro», declarando la validez de la situación real disimulada. Véase, en este sentido, el parágrafo con tal título que dedica F. de Castro, en «El negocio jurídico», Madrid, 1971, pág. 343, a esta figura, al tratar de la simulación y citando las Sentencias de 5 de octubre de 1957 y 13 de noviembre de 1958, especialmente. No obstante, llama la atención que el Alto Tribunal no dedique mayor tratamiento al negocio ocultado, que en el presente caso sería la donación a los hijos del piso adquirido por su madre. Tal donación, claro está, sería nula por carecer de la forma requerida por el artículo 633 del Código civil. En relación con los problemas probatorios que acarrea la simulación, puede verse la obra de L. Muñoz Sabaté, «La prueba de la simulación) semiótica de los negocios jurídicos simulados), Barcelona, 1972. De los múltiples indicios que se exponen en dicha obra interesan aquí la «affectio», la dominancia y la subyacencia (págs. 243, 393 y 396), que parecen concurrir en este caso.

P. E. A.

## 2. Derecho de la persona

5. *Capacidad procesal del Patronato de Casas del Ramo del Aire. Requisitos reglamentarios.*—El Patronato citado es un organismo autónomo de la Administración del Estado, dependiente del Ministerio del Aire (hoy Defensa), que tiene personalidad jurídica y plena capacidad; pero para que dicho Patronato pudiera ejercitarse en juicio las acciones que ha deducido se requería que mediara previo acuerdo de su Consejo Directivo, al ser competente para «reclamar en juicio o fuera de él, ante los Tribunales,

derechos y acciones pertenecientes al Patronato» (art. 17 de su Reglamento Orgánico aprobado por Decreto de 29 de octubre de 1970). Como no ha mediado tal acuerdo, en el presente caso, el referido Patronato carece de capacidad para comparecer en este juicio, siendo correcta la apreciación de la excepción segunda del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 12 de junio de 1982; no ha lugar.)

### 3. Obligaciones y contratos

*6. Dación en pago. Impugnación por excesiva onerosidad y situación de inferioridad.*—No se dan tales circunstancias en el caso examinado, ya que, según resaltan con acierto los juzgadores de instancia, la entidad acreedora y recurrida no ha tenido otro designio que cobrar su crédito sin hacer más gravosa la posición deudora, hasta el punto que el contrato accesorio de la misma fecha contiene la cláusula, altamente reveladora, en frase del tribunal «a quo», de que durante un plazo de seis meses a contar de su data el deudor quedaba facultado para presentar a la acreedora un comprador para cualquiera de las máquinas adjudicadas en pago, quien podría adquirirlas por precio superior al de valoración, quedando el exceso en beneficio del adjudicante, estipulación que desmiente toda sospecha de presión anómala por la acreedora y cuya falta de ejercicio por parte del deudor favorecido lleva a deducir razonablemente que no ha existido el pretendido agravio económico. (Sentencia de 30 de marzo de 1979; no ha lugar.)

*7. Indemnizaciones sustitutivas de la obligación de readmisión por parte del empresario. Naturaleza.*—Estas indemnizaciones por despidos constituyen el pago de un salario diferido y complementario que se abona al trabajador cuando cesa en la empresa por causas no imputables al mismo, es decir, como un valor equivalente al empleo y unos salarios que se dejaron de percibir.

*Preferencia legal de los créditos salariales. Interpretación de las normas que la establecen.*—Teniendo en cuenta los criterios que establece el artículo 3, pág. 1, del Código civil, atendido el espíritu que informa las normas y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, no pueden interpretarse restrictivamente en cuanto al alcance de los derechos que amparan, por lo que la preferencia legal debe amparar a las indemnizaciones antes aludidas.

*Cuestiones nuevas. Concepto.*—Deben reputarse cuestiones nuevas y, por tanto, ser considerado improcedente su planteamiento en casación, tanto las suscitadas con posterioridad a los escritos de alegación y discusión como la deducida por primera vez en el curso de la apelación. (Sentencia de 12 de noviembre de 1981; no ha lugar.)

**NOTA.**—El recurso de casación trae causa de la tercera de mejor derecho interpuesta por los trabajadores de una empresa contra ésta y contra

el Instituto Nacional de Previsión, que había promovido un proceso de ejecución para el cobro de deudas de la empresa por seguros sociales.

Los temas planteados son dos: primero, la preferencia de los trabajadores para el cobro de las cantidades señaladas por sentencias firmes de Magistraturas del Trabajo, sobre bienes embargados a la empresa a instancia del I. N. P.; y segundo, el alcance de la preferencia en relación con los distintos créditos reconocidos a los trabajadores.

1) La condición preferente de los créditos laborales se encuentra declarada por el Código civil (art. 1.924, núm. 2, letra D), pero está más desarrollado y completo el régimen establecido por las distintas disposiciones que han venido rigiendo las relaciones laborales.

Así, la Ley de Relaciones Laborales, de 8 de abril de 1976, determinó en su artículo 32 la preferencia de los créditos por salarios o conceptos sustitutivos del salario devengados por los trabajadores, distinguiendo los casos en que el carácter privilegiado los hace preferentes de modo absoluto (objetos elaborados, inmuebles a los que se incorporó el trabajo) y aquellos en que la preferencia cede frente a acreedores hipotecarios o pignoraticios.

Actualmente el Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Ley de 10 de marzo de 1980, ha subsanado buena parte de los defectos de que adolecía la regulación anterior. Su artículo 32, titulado «garantías del salario», dispone, en cuanto aquí interesa, lo siguiente:

«1. Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca.

2. Los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores, mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario.

3. Los créditos salariales no protegidos en los números anteriores tendrán la condición de singularmente privilegiados y gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real en los supuestos en que éstos, con arreglo a la Ley Hipotecaria, sean preferentes.

.....

6. El plazo para ejercitarse los derechos de preferencia del crédito salarial es de un año, a contar desde el momento en que debió percibirse el salario, transcurrido el cual prescribirán tales derechos.»

Frente a esta condición especial de los créditos salariales, los que ostentan las Entidades gestoras de la Seguridad Social, para el cobro de las cotizaciones, sólo gozan de la prelación establecida en el artículo 1.924, número 2, letra E) del Código civil (art. 58 del texto refundido de la Ley de la Seguridad Social, de 30 de mayo de 1974), siendo, pues, de peor condición.

2) El ámbito de aplicación de la preferencia especial ha sido extendido por la jurisprudencia a todos los créditos incluibles en un concepto amplio de salario. Así resulta claramente de las Sentencias de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1970 y 27 de marzo de 1971. Los términos con que se expresa esta última son: «... dentro del concepto amplio de salario se ha de comprender la totalidad de los beneficios que obtenga por el trabajo prestado, por lo que es obvio que, como en el caso de estos autos, a la hora de determinar el orden de prelación del crédito de unos trabajadores contra la empresa en la que trabajaron, obtenido debidamente en unas sentencias laborales, no es procedente discriminar los distintos conceptos que integran el «quantum» que les fue concedido por aquella jurisdicción, porque todas las partidas están comprendidas en aquel concepto de salario...».

Este criterio lleva a considerar las indemnizaciones por despido como pago de un salario diferido y valor equivalente a unos salarios que se dejaron de percibir, que gozan de la preferencia especial de los créditos salariales estrictos, tal como se indica en la Sentencia anotada.

8. *Contratos civiles y administrativos. Distinción de ambas categorías.*—La distinción entre la contratación civil y la administrativa no es absoluta, pues debe partirse de una plataforma común constituida por la elaboración ius civilista del contrato, existiendo sólo los contratos administrativos cuando la modulación del contrato, por la intervención de la Administración alcanza cierta intensidad. En este sentido, la Ley de Contratos del Estado, modificada en 1973, amplió el campo de los convenios que deben reputarse contratos administrativos más allá de los que tengan por finalidad las obras y servicios públicos, para comprender otros que reciban tal carácter por declaración legal, por su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o por revestir características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para su desarrollo y, por otra parte, introdujo el principio de autointegración del ordenamiento administrativo, al disponer que en caso de silencio contractual o legal sea la propia Ley y los principios generales del ordenamiento administrativo los que, con preferencia, rijan como supletorios.

*Elaboración de proyecto para edificio público. Naturaleza del contrato que media entre la Administración y el Arquitecto autor.*—A la luz de los principios expuestos, es manifiesta la naturaleza administrativa del contrato celebrado entre la Administración y el demandante para la elaboración del proyecto de construcción de un edificio público, cual es el destinado a sede de un Departamento Ministerial, pues sea un arrendamiento de servicios, o sea de obra, y se considere su patente vinculación directa al desenvolvimiento regular de un servicio público o su condición de contrato complementario de otro administrativo típico, como es el de ejecución de obra pública, siempre se concluye en su carácter administrativo y en la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la materia. De igual modo es ostensible la naturaleza administrativa del contrato si se tiene en cuenta la forma de intervención de la Administración en el mismo, con su organización característica y las peculiaridades funcionales que implica. (Sentencia de 11 de mayo de 1982; ha lugar.)

NOTA.—Esta sentencia reviste interés especial por el correcto y detenido examen que realiza del contrato administrativo y de las diferencias que lo separan del civil. La Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo llega, así, a atribuir al contrato administrativo un ámbito de aplicación tan amplio como el señalado por la doctrina administrativa y la jurisprudencia contencioso-administrativa (véanse, por ejemplo, las Sentencias que recoge O. Moreno Gil en «Contratos administrativos», Instituto de Estudios Fiscales, 1978). La tendencia hacia tal ampliación se encuentra claramente indicada por la legislación vigente, especialmente en los artículos 4 de la Ley de Contratos del Estado, redactados por Ley de 17 de marzo de 1973, y 7 de su Reglamento, de 25 de noviembre de 1975.

P. E. A.

9. *Resolución de la compraventa de inmuebles. Artículo 1.504 del Código Civil.*—El mantenimiento de conversaciones para la ejecución de contratos priva de efectos al requerimiento resolutorio anterior, siendo de notar ade-

más que el comprador estuvo siempre dispuesto a dar cumplimiento a la compraventa, manteniendo vivo así su derecho de adquisición del inmueble en las condiciones pactadas en tanto no fuese requerido nuevamente, pues no cabe olvidar que el artículo 1.504 del Código civil recoge una específica resolución frente al genérico artículo 1.124 del mismo y que, en todo caso, se requiere una situación de incumplimiento atribuible a quien se reclama la resolución.

*Cumplimiento y consignación de cantidad. Identidad de la prestación.*— Las reglas de los artículos 1.166, párrafo 1.º, y 1.176, párrafo 1.º, del Código civil, se limitan a la entrega de cosa distinta a la debida, pero no se refieren a una cantidad dineraria superior a la establecida, dado que esto es eficiente a efectos de ofrecimiento de pago y consignación, en aplicación del principio esencial en Derecho de que lo más comprende lo menos. (Sentencia de 1 de marzo de 1982; no ha lugar.)

10. *Motivos del recurso. Violación e interpretación errónea de la ley.*— No puede entenderse que el Juzgado haya incurrido en violación de ley cuando los artículos que se dicen violados no dejaron de ser tenidos en cuenta y aplicados por él, aunque no se hayan citado expresamente. Igualmente, el Juzgador interpretó correctamente el artículo 1.466 del Código civil, cuando entendió que, pagada la parte del precio determinada en el contrato, aunque restase otra parte aplazada, surgía la obligación para el vendedor de entregar la cosa vendida.

*Resolución de compraventa de inmuebles. Por falta de pago del precio.*— Para que el vendedor de un bien inmueble pueda provocar la resolución del contrato al amparo de la regla general del artículo 1.124 del Código civil y previo cumplimiento de la exigencia de requerimiento al pago, que exige el artículo 1.504 del mismo cuerpo legal, es condición que haya cumplido las obligaciones que sobre él pesan, pues de la conjunción de lo dispuesto en los dos artículos citados, resulta que, si es el vendedor quien incumple, excluye al comprador del pago del precio aplazado. (Sentencia de 18 de diciembre de 1981; no ha lugar.)

11. *Venta a plazos de bienes muebles: Resolución por incumplimiento y reserva de dominio.*— El artículo 11 de la Ley reguladora de ventas a plazos de bienes muebles de 17-7-65 confiere al vendedor, en el supuesto de demora de dos plazos o del último de ellos por parte del comprador, dos acciones distintas, a las que puede optar: o bien exigir el pago de todos los plazos pendientes de pago; o bien la resolución del contrato, con las consecuencias subsiguientes derivadas de la depreciación del objeto mueble vendido y de la tenencia por la parte compradora demandada y su deterioro por el uso, acción que en el caso concreto ha sido la ejercitada, a la que precede una declaración, en orden a la reserva de dominio, que deriva del propio contenido del contrato, en el que la tal reserva es objeto de específica estipulación.

*Venta a plazos de bienes muebles. Reserva de dominio y suspensión de pagos del comprador. Inscripción en el Registro especial.*—La sentencia recurrida viola los artículos 9 y 11 de la Ley sobre Ventas a Plazos. El artículo 9, porque no puede admitirse que el mueble vendido pasara al dominio de la compradora y pudiera ésta integrarlo en el activo de su inventario, al solicitar su declaración de suspensión de pagos, pues a ello claramente se opone el artículo citado, al disponer que la venta sólo quedará perfeccionada cuando el comprador satisfaga el precio y el artículo 11, que permite al vendedor, en el supuesto de incumplimiento contrario, que el precepto contempla, postular la resolución, que es lo que, en definitiva, la parte demandante, ha hecho, y que debe determinar la resolución pedida, cuando el incumplimiento de su contraparte es manifiesto, y ello al margen de la existencia simultánea del expediente de suspensión de pagos, pues, a mayor abundamiento, para el ejercicio de la acción amparada en tal precepto, no es necesaria la inscripción en el Registro de Ventas a Plazos, ni la inscripción puede alterar la condición del comprador, transformándolo en un tercero, que pueda oponer al vendedor tal condición, en el supuesto de ausencia de inscripción y así enervar las obligaciones contractuales por aquél asumidas y que permanecen vivas, háyase o no producido la inscripción. (Sentencia de 13 de mayo de 1982; ha lugar.)

NOTA.—Adviértase la imprecisión y también la inexactitud en que incurre este Considerando de esta Sentencia al atribuir al artículo 9 de la Ley unas palabras («la venta sólo quedará perfeccionada cuando el comprador satisfaga el precio») que, en rigor, no responden a la realidad, puesto que lo que dice dicho artículo 9 es que, de conformidad con el concepto de V. P. B. M. que a los efectos de la propia Ley da su artículo 2.º, la venta «sólo quedará perfeccionada cuando el comprador satisfaga, en el momento de la entrega o puesta a disposición del objeto vendido, al desembolso inicial».

De tales palabras pueden extraerse varias consecuencias y entre ellas, las dos siguientes: 1.º Que la V. P. B. M. regulada por la Ley de 1965 se reputó como una venta especial —así lo hace gran parte de la doctrina— porque su perfección discurre por cauces contrarios al sistema esperitualista de nuestro ordenamiento consagrado en el artículo 1.258 del C. c. y, más concretamente en el artículo 1.450 del mismo Cuerpo legal, conforme al cual «la venta se perfeccionará entre comprador y vendedor y será obligatoria para ambos si hubiesen convenido en la cosa objeto del contrato, y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado», y 2.º Que la reserva de dominio estipulada o que estipulen las partes al amparo de la propia Ley haya suscitado múltiples dudas acerca de su verdadera esencia, que para muchos autores no puede ser otra que una especialísima garantía del cumplimiento contractual, que incluso puede llevar aparejada el efecto legal de permitir un derecho de separación de la masa patrimonial del comprador en caso de suspensión de pago o quiebra de éste.

A. L. C.

12. *Arrendamiento de industria o empresa excluido del régimen de la L.A.U.*—Para decidir acerca del concepto de industria o negocio a los efectos de su arrendamiento conforme al artículo 3.º, pf.º 1.º, de la L.A.U., basta recordar que se tratará de la locación de una industria o negocio, excluida de la aplicación de dicha Ley, cuando el contrato versa sobre una organización patrimonial económicamente productiva, integrada por un conjunto

organizado y dispuesto («aviado»), con una pluralidad de elementos materiales e inmateriales para lograr la explotación que constituye la finalidad de una empresa determinada, y a tenor de lo dispuesto en dicho precepto será menester la preexistencia y la continuación de tal actividad económica, por lo que no resultará aplicable el régimen del arrendamiento de empresa y sí el de local de negocio sujeto a la L.A.U. cuando los contratantes presuponen la desaparición de la industria anterior para iniciar *ex novo* otra diferente el arrendatario; pero esta última hipótesis no se producirá por el hecho de que el arrendatario amplíe, por su conveniencia, la explotación añadiéndole un giro o negocio nuevo o introduzca sensibles mejoras en la maquinaria, menaje o mobiliario de la industria arrendada.

*Arrendamiento de empresa. Traspaso o venta de las mercaderías.*—El poder demostrativo de todos los argumentos esgrimidos por la propietaria actora, ahora recurrida, no se desvanece por la circunstancia de que las mercaderías existentes en el establecimiento al tiempo de ser concertado el arriendo fuesen vendidas al arrendatario «por los precios cargados en facturas por sus proveedores», según reza el documento de la misma fecha, pues según con acierto razona el Tribunal de Instancia, era inevitable que se procediese a la venta de las mismas al arrendatario, por tratarse de cosas consumibles no susceptibles de locación, dato éste que no hace cambiar la fisonomía ni la naturaleza jurídica del contrato celebrado. (Sentencia de 8 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

13. *Cesión de solar por pisos y locales en el inmueble construido.*—Las relaciones negociales entre los contendientes no entrañan un contrato ordinario de ejecución de obra, sino que se está en presencia de una aportación de solar para la proyectada construcción de un edificio, recibiendo como contraprestación los bajos comerciales y dos viviendas en la planta primera del inmueble que edificarían los demandados, figura de contrato atípico *do ut des* no encajable plenamente en ninguna de las tipologías específicamente reguladas y definidas en el Código civil (Sentencias de 22 de mayo de 1974 y 2 de enero de 1976), aunque presente notas que le aproximan a la permuta (Sentencias de 30 de junio de 1977 y 12 de febrero de 1979), como entiende un sector de la doctrina científica.

*Principio de congruencia.*—Que el principio de congruencia, aspecto del más amplio de rogación, recogido en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, obliga ciertamente a la fundamental armonía entre lo resuelto por la sentencia y las pretensiones de las partes, correspondencia que según muy reiterada y conocida doctrina jurisprudencial ha de producirse en lo sustancial, sin necesidad de una literal acomodación a lo postulado, sino que basta la fundamental concordancia entre lo decidido y la relación controvertida.

*Error de derecho.*—El submotivo a que se alude, error de derecho, sólo es operante cuando ha sido vulnerado un procedimiento valorativo de prueba, no atribuyendo a determinado elemento demostrativo la eficacia que la norma legal le confiere, lo que exige no sólo la invocación del precepto

atinente, sino la concreta referencia al medio específico que la Sala no ponderó con acierto. (Sentencia de 7 de julio de 1982; no ha lugar.)

*Hechos.*—Los litigantes convinieron sobre un solar la construcción de un edificio, obligándose los promotores a efectuar la obra, percibiendo el actor por la entrega del citado solar la totalidad de las lonjas y dos viviendas en el edificio construido. Los promotores, terminada la construcción, dejaron de realizar las obras de urbanización obligadas según el proyecto autorizado por el Ayuntamiento. El incumplimiento de esta obligación por los promotores demandados provocó la apertura de un procedimiento administrativo, que llegó a la fase del arriendo contra el actor recurrido, titular formal de la obra, por un total de un millón ocho mil veintidós pesetas, cifra que constituye la principal partida de la demanda interpuesta contra aquellos. Esta demanda es estimada por el Juzgado, siendo rechazados los recursos de apelación y casación.

NOTA.—1) Esta sentencia tiene un notable interés, al enfrentarse nuestro Tribunal Supremo con el problema de la naturaleza jurídica del negocio de cesión de solar por pisos y locales en el edificio construido. Este procedimiento se ha impuesto en la práctica de la construcción inmobiliaria, al permitir al promotor adquirir la propiedad del terreno sobre el que ha de construirse el edificio, sin tener que desembolsar una importante suma de dinero en el inicio de la operación inmobiliaria proyectada.

La posición del Tribunal Supremo, en la sentencia que anotamos, es conforme con la afirmada por el mismo en algunas sentencias precedentes, que arrancan del criterio defendido en la de 22 de mayo de 1974. Nuestra doctrina científica, en cambio, tiende a conceptualizar al negocio en cuestión como permuto con prestación subordinada de obra (cfr., MERINO, *El contrato de permuto*, Madrid, 1978, p. 345 ss.; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II-3.º, Madrid, 1979, p. 39; GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XIX, Madrid, 1980, pp. 736-739). No faltan autores que tratan de justificar la implicación de la normativa del Código civil sobre el contrato de permuto. En este sentido, merece especial consideración el punto de vista de un autor francés, DAGOT, que ha escrito una amplia monografía con este propósito (*La cession de terrain moyennant remise de locaux à construir*, París, 1976). Para DAGOT, nunca puede ser una permuto compleja, porque cuando se utiliza el denominado método de la cesión de las milésimas solamente existe una transmisión de la propiedad, que es consentida por el propietario del terreno en beneficio del cessionario-constructor. Los locales que pasan al propietario del terreno, no son objeto de una transmisión de propiedad, sino que éste los adquiere por vía de accesión en las milésimas que ha conservado. Tampoco existe venta o permuto cuando se utiliza el método de conservación del precio, que según DAGOT (*op. cit.*, p. 67), consiste en una novación por cambio de objeto. La obligación que en el comienzo de la operación pesa sobre el cessionario-constructor de pagar una suma de dinero por el terreno, es sustituida por una obligación de hacer construir y entregar determinados locales. Lo único que cambia es el objeto de la obligación.

La tesis de DAGOT ha sido criticada por la doctrina francesa. No corresponde ni a la forma ni al fondo de la operación, según destacan autores cuya crítica es tenida en cuenta por el citado autor (*op. cit.*, p. 65). MAZEAUD-JUGLART (*Leçons de Droit civil*, 3.º-2, *Principaux contrats*, París, 1974, p. 301) muestran con claridad la tesis dominante en la doctrina, al decir que se está ante la permuto de un derecho de propiedad (el terreno) contra dos derechos: un derecho de propiedad (los pisos y locales en el edificio construido) y un derecho de crédito (el derecho a obligar al empresario a construir).

A nuestro juicio, tiene razón la doctrina dominante, que califica el negocio señalado teniendo en cuenta el resultado alcanzado, el fin práctico del mismo. Sobre este peculiar negocio téngase también en cuenta nuestra anotación a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1979, en este ANUARIO (1979, IV, pp. 934-935).

2) Atendiendo a los hechos de la sentencia, anteriormente expuestos, se aprecia que los promotores incumplieron la obligación de ejecutar las obras de urbanización. Nosotros ya hemos expuesto en un trabajo publicado en este ANUARIO (*La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos*, 1982, III, p. 889) la fundamentación legal de obligaciones como la referida, al señalar las exigencias de carácter administrativo y urbanístico que requiere la construcción de un inmueble.

A. C. S.

14. *Construcción de viviendas de protección oficial. Revisión de precios.* En el artículo 19 del anexo del pliego de condiciones se establece que la revisión, en su caso, se llevará a cabo...; lo que no puede significar el reconocimiento expreso de su exigencia («en todo caso»), sino la simple posibilidad de su admisión («en caso de que»), y se añade que, en ese caso, «se llevará a cabo en el modo y forma que las disposiciones de viviendas de este tipo *prevén*», término, este último, al que la sentencia recurrida da particular relieve, argumentando que la palabra expresa el presente de indicativo del verbo «prever», confirmando la existencia actual y vigente de un procedimiento revisor concreto, al que las partes quisieren someterse; sin embargo, la realidad es muy otra, pues aquellas disposiciones específicas de las viviendas de protección oficial, especialmente el Reglamento de 24 de julio de 1968, nada dicen al respecto, sin duda en atención al fin social que con ellas se persigue, por lo que, en puridad, el contenido de aquel artículo 19 carece de sentido y de vinculación para los contratantes porque mal pueden comprometerse a aplicar lo que prevean unas disposiciones... cuando éstas nada prevén; y buena prueba de ello es que la revisión alegada por el constructor, avalada por los directores técnicos de la obra y confirmada por el Tribunal «a quo», es la regulada por el Decreto-Ley de 4 de febrero de 1964 y el Decreto de 11 de marzo de 1971, que se refieren no a la construcción de viviendas de que aquí se trata, sino a los contratos administrativos de obras del Estado, de significación y alcance completamente diferente, sin que la aplicación pueda ampararse en la remisión que el artículo 90 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial hace a la Ley de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1963 y disposiciones complementarias, porque se refiere exclusivamente al procedimiento de adjudicación, no a la revisión de precios. (Sentencia de 13 de julio de 1982; ha lugar.)

**HECHOS.**—Se cuestiona si un contratista de viviendas de protección oficial, cuya construcción le fue adjudicada en virtud de subasta por el Patronato de Viviendas para Funcionarios del Ayuntamiento de Pamplona, tiene derecho a que se revisen los precios de construcción en base a la cláusula 19 del pliego de condiciones. El Juzgado rechazó la demanda del contratista. La Audiencia Territorial revocó el fallo del Juzgado. Prospera el recurso de casación interpuesto por el citado Patronato.

NOTA.—Sobre el problema de la revisión de precios en el contrato de obra y las normas que regulan la contratación del Estado, puede consultarse nuestra anotación a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio de 1981, en este ANUARIO (1982, I, pp. 262-263).

A. C. S.

*15. Arrendamiento de obra con suministro de materiales. Carácteres del contrato.*—Este contrato tiene naturaleza jurídica mixta, pues incorpora caracteres propios de la compraventa, siquiera sea de cosa futura, manteniéndose como esencial la actividad dirigida al resultado comprometido y quedando sujeto a normas específicas, toda vez que lo convenido no es la entrega de objetos inertes, sino la de esos materiales debidamente instalados y en funcionamiento.

*Prescripción. Doctrina general sobre la institución.*—Debe recusarse toda interpretación rigorista de la prescripción, pues, como instituto no fundado en la justicia intrínseca, debe ser tratado restrictivamente y aplicado sólo cuando lo haga necesario la seguridad merecida por las relaciones jurídicas.

*Prescripción trienal. Supuestos de aplicación.*—No es aplicable esta prescripción corta al precio de los arrendamientos de obra, que debe sujetarse al genérico de los quince años, y ello ni siquiera aunque se considerase como compraventa, pues el artículo 1.967 del Código civil es referible sólo a las mercaderías, concepto que no coincide enteramente con el de cosa mueble, ni con el objeto de las compraventas mercantiles.

*Interrupción de la prescripción. Contestación a requerimiento.*—Con ocasión del requerimiento notarial instado por el recurrente, la Sociedad recurrida aprovechó el trámite de contestación para reclamar solemnemente el precio, proponiendo, incluso, una nueva modalidad de pago, lo que produjo el efecto interruptivo previsto en el artículo 1.974 del Código civil (sic debe entenderse 1973), y sobrevino nueva interrupción mediante acta notarial posterior dirigida al recurrente. (Sentencia de 7 de julio de 1982; no ha lugar.)

*16. Arrendamiento de obra. Accesión.*—En el contrato de arrendamiento de obra el propietario del suelo va haciendo suyos los avances, porciones o parciales resultados de la obra.

*Parte integrante de un inmueble. Parquet.*—En virtud de los números 3 y 4 del artículo 344 C. c., todo lo que esté unido a un inmueble de manera fija, de suerte que no pueda ser separado de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto, pasa a formar parte integrante del mismo. No ocurre lo mismo respecto del parquet acoplado en la obra por no estar comprendido en ninguno de los casos de accesión establecidos en dicho artículo ni en lo dispuesto en el 358. (Sentencia de 27 de noviembre de 1978; ha lugar.)

**HECHOS.**—Tercería de dominio ejercitada por el dueño de la obra sobre el parquet ya instalado en unas casas y sobre el acopiado en otras, por haber sido el mismo embargado en juicio ejecutivo instado contra el contratista de la obra.

*17. Hechos probados.*—Es doctrina jurisprudencial constante la inatacabilidad en casación de los hechos probados, a no ser que se alegue error de

hecho o de derecho en la apreciación de la prueba al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

*Aplicación indebida.*—Surge cuando se subsumen erróneamente los hechos en el ámbito de la norma que equivocadamente se estima aplicable o se sufre error al establecer la diferencia o semejanza entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto.

*Prueba de presunciones.*—Con reiterada insistencia tiene declarado este Tribunal que la prueba de presunciones puede impugnarse en casación en dos puntos: uno, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, afectante a la existencia del hecho del que ha de partir la inducción, y otro, al amparo del número 1.º del propio precepto procesal, encaminado a combatir la precisión y el rigor de enlace entre ese hecho y el que se trata de demostrar, sin que quepa por la mera y distinta apreciación de la importancia y trascendencia del enlace o relación existente entre el hecho demostrado y aquél que se trata de inducir la casación de la sentencia, pues el juicio lógico del Tribunal «a quo» sólo es censurable cuando notoriamente falta ese enlace preciso y lógico sobre el hecho demostrado y el que se trata de inducir, según las reglas del criterio humano, que no son otras que las del raciocinio lógico, añadiendo la de 23 de junio de 1962 que es doctrina jurisprudencial reiterada que la deducción de la Sala constitutiva de la presunción es de su exclusiva apreciación y solamente puede ser impugnada en casación cuando resulte absurda, ilógica o inverosímil, o cuando se niegue la existencia real del hecho de que parte la presunción.

*Infracción del artículo 1.214 del Código civil.*—Puede ser causa de un recurso de casación en el fondo cuando ha sido desconocida por el Tribunal la incumbencia probatoria que el precepto respectivamente señala a las partes, según sus posiciones.

*Contrato de «consulting engineering. Naturaleza jurídica.*—De acuerdo con la resolución recurrida, entre el recurrente y la demanda «Ingenieros Consultores, S. A.», se convino realmente un contrato de obra, en cuya ejecución se prestaron determinados servicios que fueron abonados.

*Extinción de la obligación. Desistimiento.*—En el supuesto de desistimiento, como medio de extinción de una obligación, incumbe la prueba de tal medio extintivo al demandado que lo opone. (Sentencia de 28 de mayo de 1982; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La empresa «Ingenieros Consultores, S. A.» demandó a P.J.F. y una entidad industrial, reclamando una determinada cantidad en concepto de precio por realización de un informe técnico sobre localización del lugar idóneo para instalar una planta industrial destinada a la obtención de bióxido de titanio. Recayó sentencia de la Audiencia Territorial en la que, revocando en parte la dictada por el Juzgado, condenó al demandado P.J.F. al abono de la cantidad reclamada, absolviendo de la demanda a la entidad codemandada. No prospera el recurso de casación interpuesto por P.J.F.

**NOTA.**—En esta sentencia se contempla un contrato que está alcanzando una extraordinaria importancia, el denominado *consulting engineering*, que entraña con la existencia de un creciente desarrollo tecnológico, cuya incidencia sobre el Derecho privado ha sido destacada por DÍEZ-PICAZO, en su obra *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado*, 1979. En esta línea habrá que situar a diferentes contratos, de ascendencia anglosajona, como el *know-how*, el *factoring* o el *leasing*.

El rasgo característico del *consulting engineering* reside en que la empresa de *engineering* suministra al cliente, a cambio de un precio, determinados informes de carácter técnico y económico, encaminados a la realización de un proyecto industrial o a la reorganización, modernización o ampliación de una empresa. Junto al puro *consulting engineering* existen contratos más complejos en los que a las prestaciones señaladas (informes técnicos y económicos) se agregan otras de carácter diverso, como el suministro de bienes de equipo y la asistencia técnica para su montaje, e incluso el contrato se refiere a la instalación de una planta industrial completa.

En la sentencia que anotamos se está ante un puro *consulting engineering*, puesto que se trata de realizar y entregar un determinado informe técnico sobre el lugar adecuado para la instalación, en su día, de una planta industrial destinada a la obtención de óxido de titanio.

Para algunos autores, el puro contrato de *consulting engineering* es similar al arrendamiento de servicios (cfr. URÍA, *Derecho Mercantil*, 1982, p. 564). Sin embargo, la sentencia que anotamos admite con la sentencia de la Audiencia Territorial que el contrato celebrado es realmente un contrato de obra.

A nuestro juicio, en el supuesto fáctico de la sentencia, la empresa de *consulting engineering* no se comprometió a una pura prestación de actividad, sino, más bien, a la realización de una auténtica «obra intelectual», consistente en un informe técnico completo en torno al lugar donde conviene instalar una futura planta industrial. En este sentido, su prestación es de resultado, por lo que, sin negar las peculiaridades de este contrato, el mismo se aproxima en mayor medida al contrato de obra que al arrendamiento de servicios, ya que, como ha evidenciado la doctrina dominante (cfr. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, II, 1979, p. 439; LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II-3.º, Madrid, 1979, p. 183; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, 1977, pp. 258-260; y sobre todo, RUMELIN, *Dienstvertrag und Werkvertrag*, 1905, que estudió la cuestión ampliamente), la distinción fundamental entre uno y otro se encuentra en que la prestación del contratista es de resultado, en tanto que la del que presta servicios es de pura actividad. Por otra parte, tienen razón DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (Op. cit., p. 455), al decir que los servicios de los profesionales liberales (en nuestro caso, ingenieros) no son siempre y en todo caso objeto de arrendamiento de servicios. En otras palabras, que en ocasiones estaremos en presencia de un contrato de obra. Piénsese en el letrado que se obliga a realizar un dictamen mediante una remuneración o en el dentista que tiene que realizar y colocar una prótesis.

El lector advertirá que el supuesto del dictamen del letrado, que los autores citados incluyen en el marco del contrato de obra, se asemeja bastante al del caso de la sentencia que anotamos. En realidad, en ambos casos estamos ante prestaciones de resultado.

La importancia jurídica de la solución acogida por nuestro Tribunal Supremo sobre la naturaleza jurídica del contrato de *consulting engineering*, manteniendo el criterio de la Audiencia Territorial, es extraordinaria, porque habrá de tenerse en cuenta la normativa del Código civil sobre el contrato de obra (arts. 1.588-1.600) para configurar su contenido, y muy especialmente para analizar críticamente las cláusulas de las condiciones generales de este contrato, en las que se configura ampliamente la responsabilidad de la empresa de *engineering* por defectuoso cumplimiento de sus prestaciones o por realizarlas con demora.

A. C. S.

18. *Sociedad civil sin personalidad jurídica. Liquidación. Préstamo a uno de los socios y aportación social.*—Convenida entre ambas partes litigantes una sociedad civil sin personalidad jurídica con el objeto de construir viviendas y locales, aportando un socio capital y otro trabajo, y habiendo obtenido el segundo de ellos, actor en el pleito y ahora recurrente, un préstamo concedido a su nombre, no puede prosperar el motivo del recurso que por el

cauce del número inicial del artículo 1.692 de la L.E.C. denuncia infracción por violación del artículo 1.669 en relación con el 339, ambos del Código sustantivo, alegando que concertada tal operación por el actor la suma obtenida habrá de ser calificada a todos los efectos como aportación social, con la consiguiente trascendencia a la hora de proceder a la distribución de las ganancias; y ello, porque, además de que la aplicación de las normas relativas a la comunidad de bienes en las sociedades civiles sin personalidad ha de entenderse limitada, como advierte la doctrina, al sustrato material o fondo común formado por los socios, al que sin duda pueden ser llevadas aportaciones con finalidad traslativa y por lo tanto perdiendo su titularidad exclusiva el aportante por virtud del pacto social con fuerza vinculante plena en las relaciones internas, la Sala sentenciadora en rotunda declaración no combatida, afirma que si bien en el negocio figuró únicamente el actor, lo cierto es que «el préstamo se concedió en consideración a la obra y para invertirlo en ella, en beneficio, por tanto, de las personas comprometidas en su ejecución», a lo que añade, razonando en el campo de las presunciones, que «si se otorgó alguna garantía hipotecaria estaría constituida por el solar en que iba a levantarse aquélla y tal vez por la misma obra, todo lo cual no se concilia con la idea de aportación estrictamente personal». (Sentencia de 3 de abril de 1982; no ha lugar.)

19. *Contrato de sociedad*.—Cuando el artículo 1.665 C. c. habla de poner en común dinero, bienes o industria, entre las personas que se unen en sociedad y ello con ánimo de partir las ganancias o en su caso contribuir a las pérdidas, no se establece unas reglas precisas tanto en lo referente a aquella aportación de bienes o industria como en relación al sistema de esa participación o contribución en ganancias o pérdidas y nada impide que a cuenta de las mismas, puedan predeterminarse en una cantidad fija, alzada o proporcional, cuando no falta esa «affectio societatis», elemento característico de este contrato (posiblemente se trata de una afirmación hecha aquí a mayor abundamiento). (Sentencia de 2 de octubre de 1978.)

20. *Aval. Disposiciones aplicables*.—Resulta acomodado a la construcción jurídica del aval y a su naturaleza esencialmente accesoria, aplicar a la institución las disposiciones básicamente reguladoras de la fianza, con las modificaciones impuestas por la legislación mercantil, y de ahí que en atención al carácter de fianza cambiaria y a la falta de independencia de la obligación del avalista, intrínsecamente relacionada con la que garantiza, la más autorizada doctrina entiende aplicables los preceptos del C. c. en función supletoria de los del C. de c., siempre que no pugnen con la específica esencia del aval cambiario y entre ellos concretamente el artículo 1.851.

*Extinción del aval. Prórroga concedida al deudor principal y pacto novativo*. En la hipótesis de la «litis» no se trata de una mera prórroga del término «solutionis», que sería por sí solo bastante para desencadenar el efecto previsto en el artículo 1.851, sino de comportamiento que excede manifiestamente de una ampliación del tiempo de pago para alcanzar la significación propia de un pacto novativo, ajustado a la normativa de los artículos 1.203 a

1.206 del C. c., determinante de la extinción de la fianza por vía indirecta o de consecuencia (art. 1.207).

*Renovación del título y novación.*—No cabe identificar el supuesto en el cual la letra primitiva avalada, vencida y protestada, permanece en poder del acreedor, quien otorga una prórroga al deudor principal mediante renovación del título, pero sin desprenderse del primero, lo que haría cuestionable la liberación del avalista mientras la acción cambiaria no prescriba, aunque tampoco pueda descartarse sin más la aplicación del artículo 1.851, con el caso presente, donde se operó un importante cambio en los elementos de la obligación con trascendencia novatoria, a pesar de que cautelosamente el acreedor cambiario haya retenido las letras avaladas.

*Cosa juzgada.*—A pesar de que no haya sido articulada oportunamente como excepción no obstante su realidad incuestionable, los Jueces y Tribunales no pueden desconocer totalmente la cosa juzgada material como algo inexistente, sino que deben resolver los problemas llevados al segundo litigio del mismo modo que lo fueron en el primero respetando sus afirmaciones, pues consideraciones de seguridad jurídica y hasta de prestigio del organismo jurisdiccional imponen evitar decisiones contradictorias, respetando el apotegma «non bis in ídem», siempre partiendo de la indispensable certeza de una resolución precedente sobre el mismo conflicto, aun recaída en proceso de distinta naturaleza; doctrina aplicable al presente debate, pues si bien la cosa juzgada, como excepción perentoria, ha sido opuesta tardíamente, en el escrito de conclusiones, no puede prescindirse de la evidencia de que en el juicio ejecutivo seguido entre las mismas partes han sido discutidas y resueltas las cuestiones de hecho y de derecho ahora nuevamente planteadas, y por tanto también la extinción de la fianza cambiaria consiguiente a la concesión de prórroga al deudor, sentido en el que fue proferida la sentencia que puso fin al referido proceso. (Sentencia de 6 de noviembre de 1981; no ha lugar.)

*Hechos.*—Vencidas y debidamente protestadas por falta de pago las letras en las que figuraba el avalista demandado y recurrido, se conviene por el tenedor, recurrente, y la aceptante en que aquél reciba de éste otras cambiales en sustitución de las primeras. En las nuevas letras, además de establecerse una cantidad superior, se modifican los elementos personales: la aceptante pasa a ser libradora y son aceptantes personas ajenas a la anterior obligación cambiaria.

21. *Extinción del aval. Artículo 1.851 del C. c.*—El acuerdo expresamente convenido entre el recurrente, tenedor legítimo de las letras de cambio, avaladas por el demandado, y el aceptante de las mismas, de entregar nuevas cambiales en sustitución de las primitivas por similar cantidad y distinto aceptante, a cuyo buen fin quedó supeditada la liberación de la deuda y la anulación de las primeras, supone un aplazamiento de la exigibilidad de la deuda cambiaria. El haberse hecho sin consentimiento del avalista permite traer a juego el artículo 1.851 C. c. y con su invocación, al amparo de la aplicación supletoria del derecho común a la contratación mercantil, prevista

en el artículo 50 del C. de c., declarar extinguido el aval prestado. (Sentencia de 6 de noviembre de 1981; no ha lugar.)

**22. Fianza. Los efectos de la falta de comunicación previa del pago efectuado por el fiador al deudor principal.**—El artículo 1.840 C. c. presupone que el fiador puede pagar al acreedor sin notificación alguna al deudor, pues esta notificación no es presupuesto o requisito para poder posteriormente ejercitar sus derechos de reembolso y de subrogación, que le corresponden siempre al fiador por el hecho de satisfacer el crédito, y el único efecto que produce el incumplimiento de ese deber del fiador es que podrá el deudor utilizar en vía de regreso las excepciones que aquél debió oponer al acreedor. (Sentencia de 14 de noviembre de 1981; no ha lugar.)

**23.—Responsabilidad civil. No se excluye en virtud del control administrativo de las actuaciones privadas.**—La sentencia recurrida declaró no haber lugar a la responsabilidad extracontractual pretendida, basándose, esencialmente en que el camino construido se ajustó al proyecto aprobado por los correspondientes órganos administrativos y conforme al artículo 15 de la Ley del Suelo, lo que supone, en principio, la corrección técnica de las obras realizadas. No obstante, debe tenerse en cuenta que, aunque los Proyectos de Urbanización llevan a la práctica los Planes Generales y Parciales, detallando las obras que comprenden, no evitan la posibilidad del daño ni obstan al juicio de culpabilidad, pues sólo acreditan la adecuación a los Planes, al margen de la situación de Derecho civil, ya que la reprochabilidad del daño causado no se contempla desde la existencia y licitud del Proyecto, sino desde la vertiente de la ejecución de las obras. (Sentencia de 24 de mayo de 1982; ha lugar.)

**NOTA.**—La presente sentencia reitera la doctrina jurisprudencial de que la actuación con sujeción a las disposiciones reglamentarias no elimina la culpabilidad del agente si el daño se produce en la realidad, con la consiguiente declaración de responsabilidad. La sentencia alude, en este sentido, a las anteriores de 12 de febrero, 17 de marzo y 27 de agosto de 1981.

El Tribunal Supremo utiliza dos argumentos para separar la responsabilidad extracontractual de la normativa administrativa: Primero, afirma la concurrencia de culpa, o por lo menos, la falta de agotamiento de la diligencia exigible, demostrada por la mera producción del daño.

Segundo, tiende a aplicar criterios de la responsabilidad por riesgo. Así, la Sentencia de 5 de abril de 1963 señaló que «quien explota en su beneficio un bien, cualquiera que sea su naturaleza, viene obligado a emplear todos los medios a su alcance para prevenir daños a terceros, exigiéndolo así la convivencia social de acuerdo con la moral y el Derecho» (véase esta sentencia y su comentario en «Estudios sobre la jurisprudencia civil» de L. Díez-Picazo, I, pág. 273).

P. E. A.

**24. Culpa extracontractual. Daños por obras en predio superior. Relación de causalidad.**—La causa conocida y declarada del deterioro del chalet ha sido la acción de aguas subterráneas provenientes de la cota superior, debiendo llegarse a la conclusión de que si una edificación se mantiene intacta y sin daño alguno durante un dilatado período de diez años, y al

cabo de cierto tiempo, precisamente al haberse producido una degradación del terreno por las anegaciones padecidas, comienzan a presentarse los asientos, esta última degradación y cambio del terreno ha sido la verdadera causa desencadenante del deterioro del inmueble.

*Culpabilidad del Propietario. Inversión de la carga de la prueba.*—No es necesario justificar la existencia de culpa imputable al dueño del predio de que proceden las aguas, por ser corriente doctrina de esta Sala la de que el autor de los daños que se acreditan es quien, por una inversión de la carga de la prueba, viene obligado a justificar, para exonerarse de la obligación de repararlos, la justificación cumplida de que en el ejercicio de su actividad obró con toda la prudencia y diligencia precisas para evitar tales daños.

*Fundamento de la regla de la inversión de la carga de la prueba.*—La regla se basa en una moderada recepción del principio de la responsabilidad objetiva basada en el riesgo o peligro que excusa el factor psicológico de la culpabilidad del agente, o lo que es igual, que la culpa de éste se presume *iuris tantum*, y hasta tanto no se demuestre por el autor de los daños que él obró en el ejercicio de su actos lícitos con toda la prudencia y la diligencia precisas para evitarlos, entendiéndose que si lo no contrario a la ley es lícito, debe ir acompañado de la diligencia como elemento esencial para exonerar de responsabilidad.

*Error de derecho.*—El error de derecho se perpetra únicamente cuando se infringe un precepto legal —que debe ser expresamente citado— que asigne a un medio de prueba la virtualidad que el juzgador —infringiéndolo con ello— le niegue. No está sujeta a la censura de la casación la «sana crítica» que es el solo precepto que para la valoración de la prueba pericial previene la Ley. (Sentencia de 10 de mayo de 1982; no ha lugar.)

NOTA.—¿Habrá de considerar una nueva categoría de doctrina jurisprudencial a la «corriente doctrina de esta Sala», o es nueva forma de denominar a aquélla? Respecto a la inversión de la carga de la prueba, quizás no urge tanto que el T. S. adoctrine sobre su fundamento, cuanto que se decida a precisar el ámbito de aplicación de la misma, pues está claro que no en todos los casos de culpa extracontractual hace uso la Sala 1.<sup>a</sup> de la misma.

G. G. C.

25. *Culpa extracontractual. Daños por abordaje.*—Es responsable la empresa propietaria de la embarcación causante del accidente ocurrido al virar sobre babor para alcanzar rumbo, en cuyo momento cortó el trayecto a otro barco en el que viajaba el lesionado, de tal manera que ese ilícito actuar de forma repentina impidió la lógica reacción del barco que sufrió el abordaje, dada su rapidez e intempestividad, así como la carencia de las más mínimas señales de advertencia de que dicha maniobra iba a tener lugar; la embarcación abordante podía haber soslayado el riesgo, en atención a la potencia de sus motores, lo que no logró por una circunstancia intrínseca imputable al naviero, como fue la caída de velocidad debida a la

falta de cambio o limpieza de un filtro de aceite; asimismo, debe considerarse elemento generador de responsabilidad la actuación del encargado de aquélla, quien reconoce que, aun habiendo asientos libres, como aún no había comenzado a cobrar, no obligó a los pasajeros, entre ellos al menor lesionado, a ocupar sus respectivos asientos. (Sentencia de 31 de mayo de 1982; no ha lugar.)

*26.—Culpa extracontractual. Daños por excavación en edificio colindante. Responsabilidad solidaria del arquitecto y del contratista.*—Sin desconocer el rango profesional del arquitecto, con sus deberes de conocimiento y estudio del terreno sobre el que se edifica y el cálculo de la carga que el suelo debe soportar, para evitar desplazamientos, cabe que a su falta de diligencia se una la del contratista con significación de culpabilidad no menos evidente, y en el presente caso ha de tenerse por indudable la colaboración culposa del constructor, desentendiéndose de la vigilancia de una obra tan peligrosa como es el vaciado de un solar con edificios fronteros y, encomendando tal fiscalización a quien carecía de los mínimos conocimientos para ello.

*Diligencia exigible al contratista.*—Aun prescindiendo de que en la actuabilidad el *status* profesional del contratista no siempre se acomoda a la pauta otrora usual de subordinación al arquitecto, el proceder del interesado absteniéndose de adoptar las medidas que la simple observación imponía para prevenir todo desplazamiento del terreno, con evidente peligro para un endeble edificio tan cercano que se llegó a una separación medida en centímetros, comporta obviamente la inobservancia del grado de diligencia que al recurrente le era exigible en razón de las circunstancias que concurrían en la realización de los trabajos. (Sentencia de 19 de abril de 1982; no ha lugar.)

*27. Daños causados al Estado. Responsabilidad civil del empresario. Sentencia condenatoria dictada por la jurisdicción militar. Reserva de acciones civiles.*—La sentencia penal condenatoria por daños dictada por la jurisdicción castrense no contiene pronunciamiento alguno en orden a la responsabilidad civil que pudiera resultar contra terceras personas con ocasión del delito por la misma enjuiciado, pues el artículo 711 del Código de Justicia Militar constituye una excepción a la norma general contenida en el artículo 112 de la L. E. Crim., institucionalizando así una reserva de acciones civiles que los perjudicados podrán ejercitar ante la jurisdicción ordinaria.

*Extremos vinculantes y no vinculantes de la sentencia penal para el juez civil. Cuantía de la indemnización.*—La sentencia condenatoria de índole penal dictada por la jurisdicción castrense sólo vincula al Juez civil en cuanto describe la actividad y el resultado calificado como delito, así como en cuanto define la antijuricididad del hecho y la culpabilidad del reo, con la puntualización en cuanto al resultado que la causación prejuzgada ha de entenderse como resultado físico o natural, y no como dato cuantificado que afecte sin más al tercero, contra quien no se establece pronunciamiento

alguno de condena, pues en otro caso se occasionaría la total indefensión del mismo y se extenderían los efectos de la cosa juzgada material a tercera persona, con infracción del principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído. (Sentencia de 27 de marzo de 1982; no ha lugar.)

28. *Seguro de accidentes de circulación. Cláusula de exclusión de riesgo.*—No es aplicable la cláusula de la póliza del seguro voluntario de accidentes que excluye la indemnización para el caso de que el siniestro se produjera conduciendo un vehículo de la propiedad del asegurado, si en la fecha del accidente ya no era propietario el accidentado de la máquina que conducía, por haberla enajenado.

*Error de hecho. Carácter administrativo del Registro de Vehículos.*—Dado el carácter meramente administrativo del Registro de Vehículos de la Jefatura Provincial de Tráfico, de acuerdo con el artículo 244 del Código de la Circulación, ha de concluirse que su contenido no prejuzga las cuestiones relativas a la propiedad del vehículo. (Sentencia de 5 de mayo de 1982; no ha lugar.)

29. *Responsabilidad por daños. Embargo preventivo injustificado.*—Los artículos 1.413, pár. 2.º, y 1.418 de la L. E. C., aunque expresan un mandato dirigido a los Tribunales, no impiden que los particulares insten en procedimiento separado la efectividad de los derechos que les correspondan en razón a la reparación de los daños y perjuicios que se les hubiesen irrogado, no derivando la obligación de indemnizar en tal hipótesis del artículo 1.902 C. c., sino de la circunstancia de muy distinto origen que presupone injustificado el embargo preventivo, solicitando como medida cautelar para garantizar la efectividad de una pretensión, instada ante los Tribunales, que no tuvo éxito. (Sentencia de 5 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

NOTA.—Se trataba de los daños causados por el embargo de un taxi durante la tramitación de un proceso de cognición, durante el periodo comprendido entre el 10 diciembre 1972 y el 26 de marzo 1974, en que se resolvió la apelación por la Audiencia Provincial, ascendiendo a 220.400 pesetas los perjuicios ocasionados por la inactividad del mismo en el citado periodo. Ciertamente, esta medida cautelar se adopta a riesgo exclusivo del actor; el T. S. dice que «el recurrente pudo prever el tiempo que podía durar la tramitación del juicio de cognición en que instó el embargo preventivo y sobre todo que el trámite de la apelación que interpuso podía dilatar la resolución final del asunto». Con todo, parece excesiva esa duración de más de dieciséis meses de un proceso de cognición y no resulta que el retraso le fuera imputable. ¿Podría reclamar él, a su vez, contra los órganos judiciales causantes del retraso?

A efectos formales del recurso se dice que la fuente legal de la indemnización no radica, en este caso, en el artículo 1.902 C. c. Me parece que tal declaración ha de tomarse con cautela, ya que el daño por actuaciones procesales sólo es autónomo en su tipificación normativa, pero no en su fuente última que no puede ser otra que el artículo 1.902 C. c.

G. G. C.

30. *Culpa extracontractual. Responsabilidad del arrendatario de local que almacena sin autorización sustancias inflamables.*—Responde de los

daños causados en el local el arrendatario del mismo que ejercía actividades que implicaban una puesta en riesgo para la que no contaba con la correspondiente licencia administrativa, almacenando gran cantidad de material combustible que se incidió.

*Error de hecho.*—Es constante doctrina de esta Sala que la facultad impugnatoria de las afirmaciones de hecho tiene carácter excepcional, estando sujeta a los requisitos siguientes: 1.º Que tales afirmaciones se hagan como resultado de la apreciación de la prueba. 2.º Que tengan influencia notoria en el fallo del pleito, de tal modo que sin ellas, habrían de quedar sin efecto o ser alterados, todos, varios o alguno de sus pronunciamientos; 3.º Que se acredite el error denunciado por acto o documento auténtico, y 4.º Que aquél evidencie, sin necesidad de acudir a ninguna operación lógica complementaria, el error en que hubiera incurrido el juzgador al ofrecer un resultado completamente distinto al que hubo de fijar o admitir el Tribunal de Instancia.

*Prueba de la actividad peligrosa realizada por el arrendatario.*—Es documento auténtico la certificación del Ayuntamiento de la que resulta que el demandado manipulaba goma espuma, por lo que tenía gran cantidad de bloques almacenados así como instaladas las correspondientes máquinas para el picado y corte del material, siendo una actividad superior a la autorizada que sólo comprendía la de venta de colchones no metálicos, y, además, ejercida en distinto local. (Sentencia de 8 de julio de 1982; ha lugar.)

31. *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Cauce jurisdiccional para su exigencia.*—El artículo 128 de la Ley de Expropiación Forzosa atribuyó la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa, lo cual fue ratificado por su Ley Reguladora de 1956, siendo luego alterado el sistema por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, cuyo artículo 41 remite la cuestión a los Tribunales ordinarios cuando la Administración actúe en relaciones de Derecho Privado. La competencia de los Tribunales contencioso-administrativos procederá siempre que la actividad dañosa aparezca relacionada en el orden externo con el funcionamiento del servicio público, y, por tanto, cuando los daños han sido causados con los medios materiales precisos para satisfacer directamente la concreta necesidad pública y se produjeron en la propia mecánica de la Administración, aunque en el momento del accidente no se realizase la actividad más característica del servicio público al que se destinan.

*Cita de la jurisprudencia. Defectos en que se incurre.*—No está permitido utilizar frases aisladas de sentencias, arrancándolas del total contexto que las colorea y prescindiendo del caso singular a que responden, que, además, carece de la menor afinidad con la situación que el recurso analiza. (Sentencia de 19 de febrero de 1982; no ha lugar.)

*Hechos.*—En 1974, durante una tempestad, el gánguil Ciérvana, propiedad de la Junta del Puerto de Bilbao, colisionó contra una caseta de bombas

que la entidad demandante poseía, con la debida autorización, en la ría de Bilbao. El accidente se produjo cuando el buque intentaba resguardarse de fuerte viento y sin que se encontrase cargado con los fangos procedentes de dragado, que ordinariamente transportaba.

#### 4. Derechos reales

32. *Párrafo segundo del artículo 38 de la L. H.*—No rige lo dispuesto en él cuando la acción contradictoria se dirige contra un derecho inscrito en posesión.

*Documento auténtico.*—No son auténticos a efectos de casación los mismos documentos que el juzgador examinó y tuvo en cuenta para emitir el fallo.

*Apreciación de la prueba.*—No cabe combatir la valoración atribuida a una prueba determinada cuando ésta ha sido apreciada en combinación con otras por el Tribunal sentenciador.

*Actos propios.*—La virtualidad de los actos propios, en cuanto a determinar la constitución, modificación o extinción de una relación de derecho sin posibilidad jurídica de que su autor los contradiga, requiere entre otras condiciones, que los actos propios sean jurídicamente eficaces, condición o circunstancia que no concurre en el presente caso, porque el acto se llevó a cabo por error sustancial que vicia y anula el consentimiento prestado.

*Acción declarativa de la propiedad.*—Esta acción no requiere que el demandado sea poseedor, siendo suficiente con que controveja en forma efectiva los derechos del propietario.

*Acción declarativa de la propiedad.*—Siendo así que la pretensión deducida en la demanda es la de que se dicte sentencia «en la que reconociendo la titularidad del demandante sobre la referida parcela se ordene la cancelación de la inscripción objeto de la presente demanda», resulta claro que la acción ejercitada es realmente la meramente declarativa de la propiedad.

*Cuestiones de hecho.*—Las afirmaciones de la sentencia recurrida de que se ha comprobado que los títulos esgrimidos por los demandados no amparan el terreno litigioso, y que la inscripción en el Registro de la Propiedad de dichos títulos tampoco puede referirse a dicho terreno por haberse suspendido la inscripción en relación a la pretendida mayor cabida de la finca, y de que no ha transcurrido el plazo señalado en el artículo 342 de la Compilación catalana, y de que en cualquier caso no existe justo título de adquisición del terreno litigioso, son declaraciones todas ellas de carácter fáctico, que deben ser combatidas a través de la vía del núm. 7 del artículo 1.692 de la L.E.C. (Sentencia de 2 de abril de 1979; no ha lugar.)

33. *Tercería de dominio.*—Que es doctrina reiterada de esta Sala que la tercería de dominio apareja el ejercicio de una acción reivindicatoria, que

impone al tercerista la carga de la prueba de su dominio sobre los bienes cerca de los cuales proyecta su pretensión reivindicatoria, aportando a tal fin su título de dominio, lo que constituye presupuesto de admisibilidad de su demanda, tal como previene el artículo 1.537 de la Ley Procesal, titularidad dominical que ha de ser referida al momento de la práctica del embargo de bienes, en el procedimiento ejecutivo del que la tercería es incidencia.

*Cosa juzgada.*—Como ya esta Sala dijo en su Sentencia de 16 de febrero de 1963, la identidad de la causa de pedir se da únicamente en aquellos supuestos en los que se produce una perfecta identidad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado «y de su exigibilidad», que sirven de fundamento y apoyo a la nueva acción, lo que no ocurre cuando las circunstancias concurrentes en el título del actor tercerista son distintas en uno y otro proceso, al tiempo de la práctica del embargo del bien al que su pretensión reivindicatoria se dirige. (Sentencia de 22 de junio de 1982; ha lugar.)

*Hechos.*—Se celebró un contrato de venta a plazos de una pala cargadora, que fue embargada como propiedad del comprador, oponiéndose el vendedor a la ejecución del bien embargado, alegando el pacto de reserva de dominio. La demanda de tercería de dominio fue desestimada por el Juzgado, cuyo fallo fue revocado por la Audiencia. Prospera el recurso de casación interpuesto.

34. *Cuestión nueva.*—Al disponer el número 5.º del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con la declaración primera del artículo precedente, que no habrá lugar a la admisión del recurso de casación por infracción de ley cuando la ley o doctrina que se reputen como infringidas se refieran a cuestiones no debatidas en el pleito, no sólo señala un límite a la materia propia de tal recurso, sino que establece uno de sus caracteres principales, que es el de servir de medio revisorio, en interés inmediato de los litigantes y mediato de la ley, de las extralimitaciones que se hayan podido cometer en la instancia y que se denuncien en el recurso, por lo que una reiterada doctrina de esta Sala tiene declarado que deben ser reputadas como cuestiones nuevas, a todos los efectos, las suscitadas con posterioridad a los períodos de alegación y discusión, concretamente en el escrito de contestación y, en su caso, en el de réplica, en la cual el demandado deberá hacer uso de las excepciones perentorias que tuviera (artículo 542), de tal suerte que en el de contestación el demandado fijará concretamente los puntos del debate (artículo 548) y cierra la posibilidad de introducir en el proceso otros medios de defensa, máxime cuando el artículo 540 impone al demandado la obligación no sólo de fijar con claridad y precisión lo que se pida, sino también la de puntualizar los hechos y fundamentos de derecho, de suerte que la contestación mantiene «lato sensu» un valor procedimental ligado al principio de preclusión o preclusivo, en terminología que ya empleó la Sentencia de esta Sala de

7 de marzo de 1946, que atribuye a los momentos y fases procesales un contenido inalterable, quedando, en suma, cerrada con la contestación la posibilidad de introducir en el proceso nuevos medios de defensa.

*Legitimación del Presidente de la Comunidad.*—Según una doctrina jurisprudencial reiterada la actuación representativa del Presidente, colocada en una zona intermedia entre la representación orgánica y la puramente voluntaria, lleva implícita la de todos los titulares en juicio y fuera de él (preámbulo de la Ley de Propiedad Horizontal), y en ese sentido no ostenta una representación en sentido técnico, sino que actúa como un órgano del ente comunitario sustituyendo con su voluntad individual la social común, con la posibilidad de considerar lo realizado por el Presidente no como hecho en nombre de la Comunidad, sino como si ésta misma fuese quien lo hubiera realizado, sin perjuicio de la relación interna entre Presidente y Junta de propietarios, a quien deberá responder de su gestión. Habremos de considerar lo realizado por el Presidente, al menos en aquello que favorezca o no perjudique a los demás propietarios, como hecho directamente por ellos, por lo que habrá de entenderse dirigida la acción contra todos los propietarios a quienes el asiento que se trataba de rectificar concedía algún derecho y, por ende, no puede estimarse infringido el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

*Requisitos para que una parte del edificio pueda ser considerada como propiedad privativa.*—Son los de constituir un espacio suficientemente delimitado y ser susceptible de aprovechamiento independiente, aclarándose en el artículo 396 del Código civil, como una condición de esta independencia de aprovechamiento, la necesidad de tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública, salida que no exige que sea directa; no cabe duda que tales requisitos habrán de estimarse cumplidos en el caso de autos. En modo alguno empañá su carácter de bien privativo que dicha salida se efectúa a la vía pública a través del resto de la vivienda situado dentro del edificio de la casa. (Sentencia de 26 de mayo de 1982; no ha lugar.)

*Hechos.*—Se promueve ante el Juzgado demanda contra la Comunidad de Propietarios de la casa número 15. Recayó sentencia de la Audiencia Territorial en la que, revocando la del Juzgado, se declaraba que la demandada, como propietaria de la planta baja de la casa número 14, debe contribuir a los gastos comunes de la Comunidad actora por razón de las dos habitaciones de su propiedad, que corresponden al edificio de esta Comunidad, debiéndose fijar en ejecución de sentencia la cuota de participación que corresponda. No prospera el recurso de casación interpuesto.

**NOTA.**—Me remito a lo afirmado en la anotación a la Sentencia de 5 de marzo de 1982 sobre la legitimación del Presidente de la Comunidad, en este fascículo del ANUARIO.

35. *Sentencia recurrida. Base fáctica.*—La única vía o cauce adecuado es el que autoriza el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

*Propiedad horizontal. Obligación del propietario.*—El artículo 9-5.º de la vigente Ley de Propiedad Horizontal previene como una de las obligaciones del propietario la de contribuir con arreglo a la cuota de participación fijada en el título, o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para adecuado sostenimiento del inmueble y sus servicios, sin que, como pone de manifiesto el citado artículo en su número 6, exima de esa obligación la no utilización de dichos servicios.

*Impugnación del acuerdo.*—No cabe entender que se haya producido violación alguna del artículo 6, número 3, del Código civil, ni de la doctrina legal contenida en la invocada Sentencia de 5 de abril de 1978, ya que tanto aquel precepto como esa doctrina sólo tienen aplicación para el caso de acuerdos viciados con nulidad radical o absoluta, pero no para el caso, ahora contemplado, de impugnación que se contrae en realidad y en definitiva a acuerdos que alcanzan un elemento común, con sometimiento a las normas de la ley o a los estatutos, y que de tener posibilidad de viabilidad viene sometida, por su propia naturaleza, a las reglas contenidas en la tan citada norma 4.º del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal.

*Facultad del propietario.*—A tenor del derecho que le confiere el artículo 10 de la Ley de Propiedad Horizontal, que en cuanto dispone que ningún propietario puede exigir nuevas instalaciones, servicios o mejoras no requeridos por la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble según su rango, evidentemente faculta «a sensu contrario» para recabar las instalaciones, servicios o mejoras requeridos a los fines expresados en aquel precepto, y entre ellos, claro está, los radiadores precisos, que no lo hubieran sido, para recibir el servicio de calefacción, en forma normal al que se tenga derecho conforme a las normas de la Comunidad de Propietarios.

*Criterio del Tribunal de Instancia.*—No puede ser sustituido por el propio y exclusivo criterio del recurrente en este extraordinario y singular recurso, según tiene reiteradamente declarado esta Sala. (Sentencia de 3 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

*Hechos.*—El recurrente se negó a pagar la parte correspondiente a los gastos comunes de calefacción, alegando que no usa de tal servicio. El Juzgado, la Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo consideran que el recurrente está obligado a pagar la parte correspondiente por el servicio de calefacción.

**NOTA.**—Parece indudable el acierto de la sentencia que anotamos, puesto que el párrafo final del artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal es sumamente expresivo en el sentido de que la no utilización de un servicio (en el supuesto analizado, el de calefacción) no exime del cumplimiento

de las obligaciones correspondientes. Como apunta PUIG BRUTAU (*Fundamentos del Derecho civil*, III, 2.º, Barcelona, 1973, p. 136), esta contribución a los gastos se rige, ante todo, por lo que se haya expresamente convenido, y a falta de pacto, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título. En el caso que examinamos no existía un acuerdo que determinase la exclusión del recurrente de contribuir, de acuerdo con su cuota de participación, a los gastos originados por el servicio de calefacción. No estamos, desde luego, ante un caso como el contemplado en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1970, cuya doctrina es expuesta por el autor citado.

A. C. S.

36. *Documentos públicos. Eficacia frente a tercero.*—La escritura pública respecto de los no otorgantes sólo garantiza la verdad del hecho que motiva su otorgamiento y su fecha, derivada de su autenticidad externa, pero no garantiza la exactitud de las manifestaciones hechas por los interesados, pues la verdad de ellas escapa a la apreciación notarial, y de igual forma ocurre con la intención que se oculte o disimule por los intervenientes. De este modo las manifestaciones de los otorgantes no hacen prueba contra un tercero, como es el Estado, que reivindica como dominio público un terreno.

*Acción reivindicatoria. Identificación del objeto.*—El requisito de identificación tiene dos aspectos: fijarse con claridad y precisión la situación, cabida y linderos de la finca reclamada y acreditar prácticamente en el juicio que el terreno reclamado es el descrito, debiendo señalarse que la decisión judicial sobre este extremo tiene el carácter de hecho. Realizada debidamente la identificación de los bienes reivindicados, no es preciso acudir a su deslinde, en este caso administrativo, porque ha quedado acreditado, tanto por informes periciales como por reconocimiento de las partes, que las subparcelas reivindicadas son: la B) y la C), auténticas playas (lo que supone su carácter de bienes de dominio público); y la D), una choza construida en la subparcela C).

*Caracteres del dominio público.*—Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles y tal normativa rige mientras no se produzca desafectación o cambio de destino. (Sentencia de 9 de junio de 1982; no ha lugar.)

NOTA.—Las actuaciones procesales tienen su antecedente en el expediente de investigación iniciado por la Dirección General del Patrimonio del Estado en relación con la Laguna Goleta, situada en el Delta del Ebro, término municipal de El Perelló. Concluido el expediente, el Abogado del Estado formuló acción reivindicatoria sobre tres subparcelas que constituyan playa, es decir, zona de dominio público.

A pesar de que la reivindicación prosperó y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, su sentencia no contiene una exposición completa sobre la de demanilidad de las playas, aunque explícitamente las atribuye dicha condición. Se echa en falta, sobre todo, la cita del artículo 132 de la Constitución que, después de señalar los caracteres del dominio público (apartado 1), establece: «Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo terrestre, las playas...» (apartado 2).

P. E. A.

37. *Bienes de dominio público. Carga de la prueba.*—La condición de bienes de dominio público de los bienes reivindicados obliga al particular que se crea asistido de algún derecho real sobre los mismos a probar que han sido oportunamente desafectados por la Administración de tal carácter o del servicio a que estuviesen destinados.

*Dominio de particulares sobre terrenos de la zona marítimo-terrestre. Supuestos.*—La jurisprudencia de esta Sala tiene reiteradamente declarado que la pretensión obstativa del particular sólo puede prosperar si demuestra la desafectación de los bienes o que su alienabilidad ha sido autorizada o que el terreno ha pasado al dominio de los particulares antes de la Ley de Puertos de 1880.

*Bienes de dominio público. Carácteres.*—Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles, como señala el artículo 5, párrafo 1.º, de la Ley de 7 de marzo de 1940, y los hechos obstativos a tal condición no se pueden fundar en la simple inscripción registral de la finca, pues al estar fuera del comercio de los hombres llevan en su peculiar destino la propia garantía de su inatacabilidad e inmunidad, debiendo recordarse, a este efecto, que la inscripción registral tiene sólo una presunción «iuris tantum» de exactitud. (Sentencia de 5 de diciembre de 1981; no ha lugar.)

NOTA.—La sentencia reseñada pone término a los procesos seguidos por la Abogacía del Estado y el Ayuntamiento de San Carlos de la Rápida sobre el dominio público de la península de Los Alfaques. En su criterio, afirmando el dominio público de los terrenos que forman parte de las playas y de la zona marítimo-terrestre, continúa el camino marcado por las sentencias de esta misma Sala del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1977, 25 de octubre y 2 de diciembre de 1976, 7 de mayo de 1975, 3 de junio de 1974 y 28 de noviembre de 1973 (véase un comentario de ellas en «La zona marítimo-terrestre», en este ANUARIO, XXXI-I, 1978, págs. 201 y ss.). La cita de la Ley de 7 de marzo de 1940 es notoriamente inadecuada, pues dicha Ley estableció el régimen jurídico del Patrimonio Nacional, cuyos bienes no tienen una perfecta naturaleza demanial (actualmente el Patrimonio Nacional se rige por la Ley de 16 de junio de 1982, reseñada en este ANUARIO, XXXV-III, información legislativa, disposición número 8).

P. E. A.

38. *Medianería. Su naturaleza. Derechos de los dueños del muro medianero.*—Aun cuando existan opiniones diversas acerca de la naturaleza jurídica de la medianería (que nuestro C. c. encuadra dentro de las servidumbres), parece prevalecer la de que, sin poderseles negar absolutamente esa condición, prevalece la de «mancomunidad» que le atribuye el art. 579, o sea, copropiedad regida aparte su carácter necesario, por normas específicas y de preferente aplicación, respecto de las genéricas debiendo especialmente rechazarse su conceptualización como propiedad privativa de los dueños de los precios colindantes sobre la pared dividida por una línea constituida por el eje de su grueso de tal suerte que el límite de las propiedades privativas lo constituya ese eje, criterio al que de alguna manera

parece responder la técnica constructiva empleada en el presente caso por la parte demandada al elevar la pared medianera utilizando para el realce únicamente la mitad del ancho recayente a su predio; debiendo también distinguirse cuidadosamente en el régimen especial de esta copropiedad de especial naturaleza, de una parte el derecho que el artículo 577 reconoce a todo propietario de alzar a sus expensas la pared medianera indemnizando los perjuicios que se occasionaren con la obra si efectivamente se produjesen, derecho éste que es el único que la parte demandada ha utilizado elevando del modo dicho el muro medianero, lo que parece irreprochable y, de otra parte, los diferentes derechos, distinguibles del de alzarla, que sobre la pared medianera regula el artículo 579 y que por ahora son ajenos a las cuestiones debatidas, puesto que se limita y contrae el recurso a la legitimidad de la alzada efectuada; siendo estos otros derechos —que, otra vez sea dicho, no se han ejercitado por ninguna de las dos partes en liza— los de usar de la pared medianera en proporción a su derecho y así edificar apoyando su obra en la pared medianera o introduciendo vigas hasta la mitad de su espesor, aunque sin impedir el uso común y respectivo de los demás medianeros, siendo inexcusable para usar según la Ley de este derecho que se obtenga previamente el consentimiento de los demás condóminos y que, si no se obtuviere previamente, se fijen por peritos las condiciones necesarias para que la nueva obra no perjudique los derechos de aquéllos. (Sentencia de 5 de junio de 1982; no ha lugar.)

39. *Casas baratas. Disolución del condominio de un piso.*—Por tratarse de una vivienda de las denominadas «Casas Baratas», intransmisible, salvo por herencia o donación al sucesor, durante el plazo de cincuenta años, cuyo régimen jurídico inicial fue sustituido por diversas disposiciones ulteriores, entre las que se encuentra el Decreto-Ley de 24-7-68, todavía vigente, no pueden prosperar los motivos del recurso que alegan la intransmisiabilidad de la finca y, por consiguiente, la imposibilidad de venderla en pública subasta para extinguir el condominio existente sobre la misma, porque la Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> del citado Decreto-Ley, que es precisamente el que regula concretamente lo que aquí es objeto de controversia, previene que los expedientes iniciados al amparo de cualquiera de los regímenes derogados por la Ley de «viviendas de protección oficial» y en los cuales hubiera recaído resolución definitiva continuarán rigiéndose por las disposiciones de su legislación respectiva, en cuanto se refiere al régimen de construcción y auxilios económicos, sometiéndose a este Reglamento en todo lo demás, incluso en los beneficios fiscales, añadiendo que, *por excepción*, el plazo de cincuenta años señalados en el artículo 100 quedarán reducido al fijado en la respectiva resolución de *calificación provisional*. Y siendo así que la calificación provisional de la vivienda controvertida es de 23-3-1928, no cabe duda que al formalizarse la demanda el 30-6-78, habrán transcurrido ya los cincuenta años de su transmisiabilidad. (Sentencia de 24 de mayo de 1982; no ha lugar.)

40. *Juicio declarativo posterior a interdicto de obra nueva. Objeto del proceso.*—El objeto propio del proceso que puede iniciarse con arreglo al

artículo 1.671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es ventilar si asiste al demandante el derecho a continuar la obra con los balcones voladizos y los huecos para vistas sobre la finca ajena, cuestión que no puede desvincularse de si persiste en el patrimonio del demandado el dominio sobre dicha finca.

*Finca expropiada. Transferencia de su propiedad.*—El demandado se encuentra legitimado para intervenir en los procesos relativos a la finca, sin que lo estorbe la posesión administrativa en que se halla la entidad expropiante, pues en el tiempo transcurrido entre el depósito previo a la ocupación y el pago definitivo no se produce la transferencia de la titularidad dominical, que sólo acaece con el pago o consignación del justiprecio. Permaneciendo el derecho de propiedad en el patrimonio del expropiado, éste se encontraba habilitado para oponerse, con éxito, a la continuación de las obras proyectadas por el demandante. (Sentencia de 8 de febrero de 1982; no ha lugar.)

41. *Congruencia de la sentencia. Significado.*—El principio de congruencia prohíbe toda resolución «extra petita», pero no impone más que una racional adecuación a las peticiones de las partes y a los hechos en que se basan; por ello, prestando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y de los acaecimientos narrados por los contendientes, puede el órgano jurisdiccional establecer su juicio crítico de la manera que entienda más apropiada, aplicando incluso normas no invocadas por los litigantes, siempre que no implique una alteración de la pretensión, siendo además intrascendente, a este respecto, los razonamientos que sirvan de fundamento al fallo, cuando tales requisitos hayan sido cumplidos.

*Servidumbre natural de aguas. Exigencia de su discurrir natural.*—De la regulación, que hace el artículo 69 de la vigente Ley de Aguas de 1879, de la servidumbre nacida de la situación de los fundos, se desprende que ha de tratarse de aguas que discurren naturalmente, sin obra del hombre, supuesto que no es el contemplado en el presente caso, en el cual el vertido de aguas conflictivo es consecuencia de la construcción por la entidad recurrente de catorce canales o desagües, razón por la cual el vertido no es consecuencia de un curso natural. (Sentencia de 8 de abril de 1982; no ha lugar.)

42. *Aprovechamiento de aguas. Sistema de prioridad real.*—En virtud del sistema de prioridad real, que informa el artículo 24 de la Ley de Aguas de 1879, tiene declarado esta Sala que los derechos concedidos a los propietarios de los terrenos no son absolutos, sino que se hallan subordinados en la explotación de las aguas, tanto corrientes como subterráneas, a que exista otro derecho preferente que pueda resultar perjudicado y que es obligatorio respetar.

*Proceso interdictal. Eficacia.*—Es anómalo que se intente dar prevalencia a la fundamentación lógico-jurídica y a las pruebas practicadas en un proceso meramente cautelar, que dispensa una tutela provisional y restringida, frente al amplio contenido de los medios de conocimiento que proporciona el juicio declarativo posterior; por otra parte, es reiterada la doctrina jurisprudencial de que carecen de la nota de autenticidad, a efectos casacionales, las actuaciones y sentencia de otro litigio, carácter del que también carece un acta notarial. (Sentencia de 3 de marzo de 1982; no ha lugar.)

NOTA.—El principio de «prioridad real» fue declarado, según afirma esta sentencia, por las de 30 de marzo de 1962 y 30 de junio de 1973, ratificando tesis ya mantenidas por las de 29 de octubre de 1907 y 22 de noviembre de 1915. Como antecedentes fácticos se describen los siguientes: Las aguas que brotan del paraje llamado «Brañas de Cebanela» fluyen por dos cauces, que luego se unen, y han sido aprovechadas por los demandantes, desde hace más de veinte años, para regar sus fincas destinadas a prado. Tal aprovechamiento se ha visto alterado por los demandados que, en 1975, captaron la mayor parte de dichas aguas para abastecer sus domicilios, de forma que, en época de estiaje, el agua restante no es suficiente para el adecuado riego de las fincas.

Del supuesto de hecho indicado se desprende lo discutible de hacer referencia al artículo 24 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 como soporte del principio de prioridad real, que informa el régimen de los aprovechamientos eventuales de aguas públicas, pues dicho precepto es sólo aplicable al alumbramiento de aguas subterráneas.

Por el contrario, parece concurrir aquí el supuesto previsto por el artículo 149 de la misma Ley, es decir, la usucapión del derecho al aprovechamiento de las aguas, al haber transcurrido más de veinte años disfrutándolas, sin oposición de la autoridad ni de tercero. En tal situación, por haberse consolidado el derecho, resultaría ya superflua toda discusión sobre posibles preferencias de los llamados aprovechamientos eventuales de aguas superficiales (arts. 5, 7 y 10 de la Ley), sin perjuicio de que el aprovechamiento consolidado para riego pudiese ser expropiado en beneficio del abastecimiento de población, que tiene condición preferente (arts. 160 y 161).

Una exposición general de estos temas puede verse en F. FUENTES BODELÓN, «Derecho Administrativo de los Bienes», ENAP, 1977, págs. 264 y sig., y «La prescripción en las aguas públicas», ENAP, 1972, págs. 27 y sig., y A. GUAITA, «Derecho Administrativo. Aguas, Montes, Minas», Civitas, 1982, páginas 133 y sig.

P. E. A.

43. *Retracto arrendatario urbano. Requisitos. Doctrina general.*—El ejercicio del retracto por el arrendatario al amparo de la L.A.U. exige para su estimación: a) Que se trate de una venta o cesión solutoria de una vivienda o local de negocio, sobreentendiéndose que tal venta o cesión han de ser válidas por no adolecer de vicios y reunir todos los requisitos legales para su validez, debiendo precisar el retrayente en caso de concurrir una transmisión válida con otra que no lo es a cuál se refiere de manera inequívoca; b) Que la acción se ejercente por el arrendatario, carácter que se ha de tener en el momento de producirse la transmisión onerosa o al hacerse efectivo extrajudicialmente el derecho de retracto; c) El retrayente ha de serlo de toda la finca transmitida, de modo que no resulta posible el ejercicio del retracto cuando el arrendador enajena una porción de finca mayor que la que el arrendatario tenía arrendada; d) Que la acción se ejercente en el plazo de

sesenta días a partir de la notificación fehaciente al arrendatario de las condiciones esenciales de la venta, la cual no es necesaria cuando se pruebe el conocimiento cabal y completo por el retrayente de la operación de venta, así como de todas sus condiciones esenciales; e) Por último, el retrayente habrá de reembolsar al comprador el precio de la venta y, además, los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida.

*Títulos inscribibles en el Registro de la Propiedad. No lo es la demanda de retracto arrendaticio urbano.*—Los títulos inscribibles en el Registro Inmobiliario, a tenor del artículo 3.<sup>º</sup> de la L.H., son únicamente las escrituras públicas, las ejecutorias y los documentos que expresa el precepto, ninguno de los cuales es documento privado, a cuya clase pertenece el que sirve de fundamento al primero de los pedimentos de la demanda; en otro aspecto, una interpretación lógica del artículo 6.<sup>º</sup> L.H. no permite deducir que el titular de un mero derecho personal, como el arrendatario de un inmueble, pueda alegar un interés suficiente para asegurar el derecho que se deba inscribir, cuando el contexto de esta norma se refiere a titulares dominicales o sus representantes, o a quienes puedan ostentar garantías de naturaleza real o la titularidad de derechos reales limitados sobre bienes inmuebles, salvo los casos en que legalmente procediera la inscripción. (Sentencia de 24 de mayo de 1982; no ha lugar.).

NOTA.—Sentencia «docta» (Pte. Santos Briz), que hace un acertado resumen de los requisitos que conlleva el ejercicio de la acción de retracto urbano, cuya frecuencia ha disminuido considerablemente. En cuanto a la inscripción de la demanda, obsérvese que no se trataba de inscribir el derecho arrendaticio al amparo del artículo 2.<sup>º</sup>, núm. 5.<sup>º</sup>, de la L.H., ni tampoco de que este derecho estuviera inscrito ya. Otra cosa hubiera sido la solicitud de una anotación preventiva, que parece encajar sin esfuerzo en el artículo 42, núms. 1.<sup>º</sup>, L.H.

G. G. C.

*44. Retracto arrendaticio rústico. Defectos del recurso. Forma del contrato de arrendamiento.*—No puede prosperar el recurso que acusa la infracción por violación consistente en aplicación indebida del artículo 1.618, 3, de la L.E.C., por no haber acompañado el retrayente con su demanda alguna justificación del título en que se funde el retracto, ni ofrecer acreditarlo después, en primer lugar, porque el artículo que se cita como infringido carece de carácter sustantivo a los efectos de este recurso de casación, al ser una norma procesal relativa a uno de los requisitos para que pueda darse curso a las demandas del retracto regulado en el Código civil; en segundo lugar, porque aunque se probó en la instancia que el título arrendaticio alegado fue de naturaleza verbal y no escrita, es suficiente el contrato verbal de arrendamiento para poder ejercitarse esta acción, puesto que el artículo 16 de la Ley de 15-3-35, aplicable como norma específica en el aspecto sustantivo al retracto en litigio, no exige que el contrato básico del retracto conste por escrito, máxime cuando el criterio formalista para el ejercicio del retracto a base de contra escrito y posterior inscripción que exigía en su redacción originaria la citada Ley fue modificado en sentido

espiritualista por la de 23-7-42, cuyo artículo segundo concedió a los contratos verbales iguales efectos que a los escriturados.

*Retracto arrendaticio. Caducidad del plazo de ejercicio.*—Tampoco puede prosperar el motivo que denuncia la violación por no aplicación del artículo 16, 4 de la L.A.R. de 1935, por entender que cuando se ejercitó el retracto por el arrendatario recurrido había ya transcurrido con exceso el plazo de caducidad, contando desde la celebración del acto de conciliación, intentado por el retrayente después de presentada su demanda, hasta que el mismo aportó a los autos certificación del expresado acto; y ello porque como se deduce del ordenamiento aplicable en general a las acciones de retracto, este derecho de preferencia se ejerce mediante presentación de la oportuna demanda, pudiendo, por la premura del plazo en ciertos casos, intentarse posteriormente acto de conciliación (arts. 1.621 y 1.622 de la L.E.C.); de suerte que una vez presentada la demanda, con la cual se tiene por «intentado el retracto», la ley no señala plazo para aportar a los autos la certificación del acto de conciliación cuando éste se solicita «a posteriori» de la presentación de aquel escrito inicial, sin perjuicio de los derechos que en su caso pueda tener el propietario demandado de retracto en supuesto de abuso de derecho o de perjuicios antijurídicos soportados por el mismo, hipótesis que no fueron alegadas en la instancia; por todo ello, ha de considerarse que habiendo tenido conocimiento de la transmisión el retrayente recurrido el 28-5-79 y presentada la demanda el día 11 del mes siguiente, ha de estimarse ejercitada la acción de que se trata dentro del plazo legal cualquiera que sea la duración del litigio, salvo los supuestos de excepción expresados. (Sentencia de 14 de junio de 1982; no ha lugar.)

45. *Retracto de comuneros. Compraventa simulada que encubre una donación. Renuncia o caducidad de la acción.*—Es razonable la actitud del juzgador de instancia que rechaza la acción de retracto fundándose, de una parte, en la inexistencia de una verdadera venta, toda vez que ésta fue simulada y encubría una donación excluyente del derecho de retracto; y de otra parte, en que, aunque por hipótesis se admitiese la existencia de compraventa —lo que se niega dada la «evidencia de la simulación aducida»— siempre resultará que la conducta del retrayente conocedor de la transmisión operada a favor del demandado, al dejar transcurrir un larguísimo período —alrededor de nueve años— habrá provocado la pérdida del derecho de retracto por renuncia (tácita) o caducidad. (Sentencia de 26 de mayo de 1982; no ha lugar.)

#### 6. Derecho de sucesiones

46. *Título para reivindicar. Transmisión hereditaria del dominio. Requisitos.*—La disolución de la comunidad hereditaria, en orden a su efecto de convertir el derecho abstracto en titularidades concretas sobre bienes determinados, entrañará la atribución del dominio siempre que este derecho

esté verdaderamente contenido en el caudal relicito, presupuesta su real pertenencia al as hereditario, pues mal podría operarse el fenómeno sucesorio cuando el bien concreto no forma parte del acervo transmitido, de forma que no basta al coheredero adjudicatario con basarse en la partición para acreditar su dominio, sino que precisa la cumplida prueba de que pertenecía al causante el bien adjudicado.

*Naturaleza de la intervención judicial en el juicio de testamentaría.*—La aprobación judicial recaída en un juicio de testamentaría no varía la naturaleza del acto particional y no produce el efecto de cosa juzgada.

*Pasividad del titular. No acarrea la pérdida de su dominio.*—La pasividad del titular no puede privarle del dominio si no se produce una adquisición contraria por alguno de los modos previstos en el artículo 609 del Código civil; ni la falta de oposición en los juicios de abintestato o testamentaría significa la pérdida del dominio del coheredero sobre los bienes ajenos a la masa partible, aunque incluidos indebidamente en el inventario. (Sentencia de 3 de febrero de 1982; no ha lugar.)

47. *Comunidad hereditaria. Actuación de un heredero en beneficio de la masa común.*—Es doctrina conocida que, producida la delación de la herencia, caso de pluralidad de llamados, puede cualquiera de los herederos ejercitar en beneficio de la masa común las acciones que correspondían al causante, sin necesidad de poder conferido por los demás sucesores, aunque a éstos no les perjudica la sentencia adversa. (Sentencias de 18 de diciembre de 1933, 26 de junio de 1948, 17 de marzo de 1969 y 29 de mayo de 1978).

*Aceptación tácita de la herencia. Hechos que la suponen.*—Ya decidió la jurisprudencia que suponían aceptación tácita los actos del heredero consistentes en el cobro de los créditos hereditarios o el hecho de interponer demanda relativa a los bienes relictos; doctrina aplicable al presente caso, en que, no sólo ha sido demostrada la intención del coheredero que, por si y en nombre de los demás compareció para reclamar un crédito hereditario, sino que esa manifestación de la voluntad de aceptar la herencia de su padre tuvo claros precedentes (Sentencias de 6 de julio de 1920 y 13 de marzo de 1952). (Sentencia de 15 de junio de 1982; no ha lugar.)

## II. DERECHO MERCANTIL

48. *Incongruencia de la sentencia.*—No son susceptibles de tal vicio las sentencias absolutorias, cual es la que ahora se impugna, salvo cuando concurren circunstancias excepcionales que aquí no existen.

*Amplitud de la representación del factor. Poder limitado a los actos de administración. Carácter dispositivo del acto de recibir dinero a préstamo.*—Si bien es cierto que el artículo 285 C. de c. dice que recaerán sobre los comitentes todas las obligaciones contraídas por los factores, ello ha de ser

«contratando en los términos que previene el artículo precedente», o sea el 284, en el que se preceptúa que «en todos los documentos que suscriban (los factores) en tal concepto, expresarán que lo hacen con poder o en nombre de la persona o sociedad que representen», y entrando en juego un poder, cual aquí sucede, habrá que estar a su contenido y alcance sin que puedan admitirse otras facultades que las que en el mismo concedidas, apareciendo en este caso que tienen como límite las relativas a los actos de administración del negocio hotelero, no incluyendo los de carácter dispositivo entre los que está comprendido el recibir dinero a préstamo, inhábil de suyo por tanto, para obligar al comitente.

*Claridad y precisión del recurso.*—El alegar en un solo motivo, aunque después se desarrolle en dos submotivos, formulados conjuntamente, a través del núm. 7 del artículo 1.692 de la L.E.C., el error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, mezclando dos tipos de denuncias, una de orden jurídico y otra de carácter fáctico, respecto de la misma valoración probatoria, contraviene la interpretación dada por la doctrina jurisprudencial de este T. S. de la exigencia de claridad y precisión del artículo 1.720, incurriendo en la sanción del núm. 4 del 1.729, que lo es de desestimación en este trámite. (Sentencia de 26 de junio de 1978; no ha lugar.)

### III. DERECHO PROCESAL

49. *Litisconsorcio pasivo necesario.*—La demanda inicial a los fines de pronunciamiento sobre la validez de la cesión de derechos de socio cooperativista en cuestión, ha de proponerse válidamente por el cessionario, no solamente contra el cedente y su esposa, sino también contra la cooperativa, produce la situación de litisconsorcio pasivo necesario, fórmula recogida en algún Código procesal reciente, disponiendo que «cuando la decisión no puede pronunciarse más que frente a varias partes, éstas habrán de accionar o ser demandadas en el mismo proceso» (art. 102 del Código italiano de procedimiento), que es también la adoptada por esta Sala en numerosas sentencias, como racional y obligada consecuencia de la naturaleza de que pueda pronunciarse una decisión con referencia a las varias personas, físicas o jurídicas, que puedan estar interesadas en la relación jurídico-procesal objeto del proceso, y la resolución que haya de recaer alcance a derechos y obligaciones que les afecten, y a uno de ellos no interviniendo, y concretamente, como en el presente caso ocurre, por imponerlo esa actuación conjunta, al tratarse de relación jurídica inescindible.

*Apreciación de situación de litisconsorcio pasivo necesario. Materia de orden público procesal.*—La apreciación de la situación de litisconsorcio pasivo necesario lleva a casar la sentencia recurrida, aun sin precisión de que haya sido alegada ni sirva de soporte a los motivos en que se basa el presente recurso, puesto que como tiene declarado esta Sala, en sentencia de 29 de mayo de 1981, reiterando otras anteriores, la defectuosa constitución

ción de la relación procesal y consorcio necesario, por ser materia de orden público procesal, no sólo puede estimarse de oficio, sino que es obligado hacerlo en cumplimiento del deber de cuidar que el litigio se ventile entre todos los que puedan ser afectados. (Sentencia de 8 de julio de 1982; ha lugar.)

*Hechos.*—Un socio cooperativista y su esposa cedieron onerosamente a un tercero los derechos que tenían en una cooperativa de viviendas de protección oficial. En virtud de esta cesión se transmitió al tercero cessionario los derechos que correspondían al cedente y su esposa en la cooperativa con la vivienda adjudicada. La Junta rectora de la cooperativa no autorizó la referida cesión, por impedirlo los estatutos de la cooperativa y el artículo 49,4 del Reglamento de Cooperación, de 13 de agosto de 1971. Por este motivo, el cedente y su esposa se negaron a dar efectividad a la cesión, ante lo cual el cessionario demandó exclusivamente al cedente y su esposa. El Juzgado estimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. Prospera el recurso de casación interpuesto por el cedente y su esposa.

NOTA.—Aunque el Tribunal Supremo no abordó el problema de la aplicación de la normativa legal sobre cooperativas, conviene destacar que la Ley de 2 de enero de 1942 y el Reglamento de 13 de agosto de 1971, que fueron invocados por las partes, no se aplican en la actualidad. El problema de fondo (la cesión de los derechos del socio cooperativista a un tercero) habrá de ser resuelto ahora en base a lo dispuesto en la Ley General de Cooperativas, de 19 de diciembre de 1974 («B. O. E.», de 21 de diciembre) y en el reglamento de Cooperativas, de 16 de noviembre de 1978 («B. O. E.», de 17 de noviembre).

A. C. S.

50. *Concepto de la infracción.*—No se especifica ni concreta cuál sea el concepto de la infracción que se reprocha, como ordena hacerlo el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, si por violación, interpretación orrónea o aplicación indebida de aquel artículo valorativo de la prueba, omisión que por sí sola bastaría para rechazar el motivo.

*Confesión.*—En nuestro sistema, de libre apreciación de la prueba, la confesión ya perdió aquel carácter de «regina probatium», ya no es prueba plena, salvo lo dispuesto para el juramento decisorio en el párrafo 2.º del artículo 580 del Código civil, sin que el Juez esté obligado a seguirla en su resultado, sin perjuicio de valorarla en relación con las demás pruebas, más sin prevalente exclusividad y, en fin, porque, como añade la Sentencia de 6 de octubre de 1970, para que la confesión alcance fuerza probatoria ha de ser explícita, categórica y absoluta, circunstancias todas estas que no concurren en el caso del proceso.

*Pérdida de eficacia de la confesión.*—Tiene lugar cuando al hacerla se hubiera incurrido en error de hecho.

*Documentos auténticos.*—Los documentos que se citan no tienen el carácter de auténticos, por haber sido ya estudiados por la Sala de Instancia como base de su liquidación.

*Error de derecho.*—El artículo 1.253 del Código civil, por no contener norma valorativa de prueba que hubiera podido ser desconocida por el juzgador, no puede fundar el recurso por esta vía propuesta.

*Presunción.*—No es doctrina fijada, debido a la peculiar naturaleza de este medio de prueba, que las más de las veces depende de la decisión del juez, que pueda ser exigible a éste su utilización y aplicación, precisamente por la necesidad de garantizar al máximo la objetividad e imparcialidad de su juicio, impidiendo la entrada en él, en lo posible, del elemento subjetivo que entraña siempre la operación lógica y racional de la presunción, causa que siempre se haya considerado a este medio de prueba como subsidiario, a falta de prueba directa. Es criterio de la doctrina legal al establecer que no se infringe el artículo 1.253 del Código civil si el tribunal no lo emplea o aplica, o que es excepcionalmente admisible que pueda impugnarse la omisión de la llamada prueba de presunciones, o a lo más que sí puede ser exigible su uso, y sancionarse su omisión, cuando el tribunal debía tratar de ella por venirse discutiendo la presunción por las partes desde el escrito de demanda y en la parte expositiva del pleito, dado que la citada norma no contiene propiamente una norma imperativa de apreciación probatoria.

*Supletoriedad de la presunción.*—Su uso ha de ceder ante la existencia de otras pruebas directas o de una apreciación conjunta de ellas, sin ser lícito al recurrente pretender sustituir con su juicio presuntivo la conclusión judicial resultante de una apreciación conjunta. (Sentencia de 21 de octubre de 1982; no ha lugar.)

51. *Sentencia contradictoria.*—Lo que el núm. 4 del artículo 1.692 de la L.E.C. permite aducir como causa de infracción es que el fallo contenga disposiciones contradictorias precisado de manera inalterada por la doctrina jurisprudencial de esta Sala en el sentido de que la contradicción ha de resultar de los términos del fallo entre sí, de tal modo que suscite dudas fundadas su ejecución ante la realidad antagónica de dichos términos, pero no entre los hechos aceptados por la sentencia y el fallo, ni entre éste y algunos de los considerados de aquélla, ni mucho menos entre algunos de éstos. (Sentencia de 19 de mayo de 1978; no ha lugar.)

52. *Interpretación del contrato.*—Como reiteradamente ha declarado esta Sala la interpretación de los contratos es facultad exclusiva del Tribunal sentenciador y su criterio ha de prevalecer sobre el del impugnante, a menos que demuestre en forma inequívoca que dicha interpretación es ilógica o arbitraria.

*Valoración del documento.*—Debió hacerse uso del cauce que marca el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que esta Sala pudiera acceder a la valoración del documento que lo contiene.

*Consentimiento tácito del comitente a la realización de las obras por el contratista.*—La naturaleza arcillosa del terreno determinó «... la adopción de

medidas urgentes y apropiadas para conjurar incluso el estado de peligro o de grave riesgo de la cimentación...», lo que evidentemente supone un beneficio para el propietario del inmueble, sin olvidar que no consta mediara en ningún momento protesta por su parte, ausencia de reparos que conducen a la existencia de un consentimiento tácito ya admitido por esta Sala en otras ocasiones para estos supuestos (Sentencias de 25 de noviembre de 1966 y 7 de junio de 1977). (Sentencia de 21 de junio de 1982; no ha lugar.)

*Hechos.*—Se celebró un contrato de obra, por cuya virtud el contratista se comprometió a construir cuatro viviendas y un sótano. El contratista realizó determinadas actividades de construcción, no contratadas en un principio, que determinaron el aumento del precio inicialmente acordado. Al negarse el comitente a pagar la totalidad del precio reclamado por el contratista, éste interpuso la oportuna demanda. El Juzgado desestimó la demanda, pero la Audiencia Territorial revocó el fallo del mismo. No prospera el recurso de casación interpuesto por el contratista.

NOTA.—Estamos ante un problema que se plantea con cierta frecuencia ante los Tribunales, debido a la complejidad de la construcción de los inmuebles. Es el problema de la reclamación por el contratista de los trabajos de construcción adicionales, que es solucionado por el artículo 1.593 del Código civil al disponer en su inciso final que el contratista puede pedir aumento del precio «cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obra, siempre que hubiese dado su autorización el propietario».

En el supuesto de la sentencia que anotamos no consta la autorización expresa del propietario-comitente a las obras adicionales efectuadas por el contratista, pero nuestro Tribunal Supremo estima que ha existido una autorización tácita de aquél, que deduce de la ausencia de reparos a las obras adicionales efectuadas por el contratista. Nuestro Tribunal Supremo entiende que cabe perfectamente la autorización tácita del propietario-comitente, de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial.

Como hemos apuntado en las anotaciones a las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1982 (en este ANUARIO, 1982, III, pp. 952-953), 31 de octubre de 1981 (en este ANUARIO, 1981, III, pp. 896-898), 17 de diciembre de 1980 (en este ANUARIO, 1981, III, p. 898) y 26 de diciembre de 1979 (en este ANUARIO, 1980, IV, pp. 1100-1101), que adoptan una solución semejante a la de la sentencia que anotamos, el artículo 1.593 del Código civil no exige que la autorización del propietario-comitente conste por escrito, apartándose de lo que afirmaba el artículo 1.534 del Proyecto de 1851 y el artículo 1.793 del Código civil francés.

Nos parece digno de destacar que, en el caso de la sentencia que anotamos, existía además una urgente necesidad de llevar a cabo determinadas obras para conjurar el deficiente estado de cimentación del inmueble. Parece evidente que estas obras, que fueron imprevisibles para el contratista al celebrarse el contrato de obra y establecerse el precio, puesto que fue el arquitecto quien señaló que debía reforzarse e incrementarse la cimentación proyectada, eran necesarias para la propia solidez del inmueble, por lo que es dudoso que hayan de ser tenidas en cuenta a los efectos del inciso final del artículo 1.593 del Código civil, solución que se infiere, a nuestro juicio, de su propio fundamento, señalado con claridad por GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, III, Madrid, 1952, p. 485), al decir que la exigencia de la autorización escrita se justifica por el hecho de que «han sido muy graves y frecuentes los abusos de los arquitectos en esta materia, sobre pretexto de cambios y aumentos hechos en el plano...». Ciertamente, pensamos nosotros, el único medio que ten-

dría el comitente-propietario para imposibilitar la realización de tales obras, que no quedan al margen del contrato celebrado con el contratista por imperio de lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código civil, sería el desestimiento, aplicándose lógicamente el artículo 1.594 del Código civil, cuyo significado hemos expuesto al anotar las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1979 (en este ANUARIO, 1979, IV, pp. 948-949) y 15 de diciembre de 1981 (en este ANUARIO, 1982, III, pp. 953-955).

A. C. S.

53. *Documento auténtico a efectos de casación. Escrituras notariales.*—Deben considerarse documentos auténticos las escrituras notariales que muestran indubitable y fehacientemente que, al devenir el actor dueño de una planta del edificio, aparte de una proporción no discutida del solar, se ha creado una situación de copropiedad horizontal, la cual fue desconocida por la sentencia recurrida. (Sentencia de 4 de junio de 1982; ha lugar.)

54. *Interpretación de los contratos.*—Según reiterada Jurisprudencia la interpretación del contenido de los negocios jurídicos es privativa del Tribunal de Instancia y debe, por ende, ser respetada en casación, mientras resulte lógico y no desorbitado el texto interpretado con exégesis atentatorias a la letra y espíritu del mismo. (Sentencia de 5 de mayo de 1978; no ha lugar.)

55. *Calificación jurídica.*—Lo que hizo el juzgador fue dar una calificación jurídica del contrato, obtenida a través de la interpretación de los documentos en que se integra, que ha quedado incólume en casación, pues ni siquiera se intentó impugnar por la única vía posible del núm. 1 del artículo 1.692 de la L.E.C., con apoyo en alguna de las normas que a la hermenéutica contractual dedica el C. c. en los artículos 1.281 a 1.289. (Sentencia de 12 de mayo de 1978; no ha lugar.)

56. *Documento auténtico.*—Los documentos aportados por los contendientes e interpretados en su contenido y alcance por el organismo jurisdiccional, carecen de la nota de autenticidad a los fines de la casación.

*Confesión.*—La confesión no tiene eficacia demostrativa de superior rango a los restantes medios, sino que la integridad de lo probado es de la libre apreciación del Tribunal. (Sentencia de 30 de septiembre de 1978; no ha lugar.)

57. *Cuestión nueva.*—Lo es desde el momento que no fue alegada en la fase expositiva del juicio en cuestión, dada la situación de rebeldía con que en él se mostró el citado recurrente demandado, y no ser fases procesales adecuadas al respeto por extemporáneas, ni el trámite de conclusiones diligenciado por haber cesado tal situación de rebeldía, ni su alegación tardía en el recurso, en el que sólo cabe plantear cuestiones propuestas y discutidas adecuadamente en la «litis». (Sentencia de 25 de septiembre de 1978; no ha lugar.)

58. *Cláusula penal. La facultad judicial de moderación.*—Es constante la doctrina de esta Sala de que dicha facultad de moderar equitativamente la pena, cuando a su criterio la obligación principal ha sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor (ex art. 1.154 C. c.), a lo que tanto vale el que en dicho irregular cumplimiento haya juzgado el comportamiento del acreedor, es exclusiva del Tribunal de Instancia e irreversible en casación. (Sentencia de 6 de febrero de 1979; no ha lugar.)

59. *Cuestión nueva.*—Se trata de una cuestión nueva en cuanto que la pretensión reconvencional de indemnización de daños y perjuicios formulada por la demandante-recurrente en la referida «litis» ha sido con base en la alegada infracción de contrato y ahora el motivo del recurso se basa en mera culpa que sirve de base a responsabilidad extracontractual.

*Nexo causal y responsabilidad extracontractual.*—La determinación del nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, de tal manera que ese preciso nexo no puede apreciarse, ni por tanto existe obligación de indemnizar, en el caso que en esa situación valorativa, que como de tal índole incumbe a la sala sentenciadora de instancia, se aprecie que el perjuicio que dice haber sufrido la recurrente no es necesariamente consecuencia directa del actuar de la entidad recurrida.

*Error de derecho.*—El error de derecho sólo se comete cuando se ha infringido un precepto legal no reconociendo a determinada prueba la eficacia que la ley le concede por estar sometida la valoración probatoria a una norma pre establecida, en cuanto que supone la conculcación de un precepto legal que sea para el juzgador de obligado acatamiento. (Sentencia de 13 de octubre de 1978; no ha lugar.)

60. *Recurso de casación contra autos dictados en procesos de ejecución. Especialidades.*—El recurso de casación que autoriza el artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene una naturaleza especial, asemejándose por su contenido a un recurso de exceso de poder, pues en cualquiera de los dos casos en que es posible interponerlo, el error que puede invocarse envuelve, en el fondo, un exceso de poderes ejecutivos, por transgresión de los términos de la ejecutoria. En este recurso se hace necesario examinar comparativamente la parte dispositiva de la sentencia que se viene ejecutando y la resolución dictada en ejecución de ella, prosperando el recurso si existe contradicción entre ambos términos, que ha de afectar, simultáneamente, a sus factores cualitativo y cuantitativo. (Sentencia de 20 de octubre de 1982; ha lugar.)