

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXXVI
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE
MCMLXXXIII

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

Dirección

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
MANUEL PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS
LUIS DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON

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 LEDESMA
Letrado de la D. G. de R. y Notariado
y Abogado del I. C. de Madrid

RAFAEL NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

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

Secretario

ANTONIO-MANUEL MORALES MORENO

SUMARIO

Páginas

Estudios monográficos

LUIS DIEZ-PICAZO: <i>El principio de unidad jurídica de la familia y la nacionalidad</i>	691
PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH: <i>La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia. Posibilidad y límites</i>	703
ANTONIO GORDILLO CAÑAS: <i>El error en el testamento</i>	747

Estudios de Derecho extranjero

JUAN SARMIENTO RAMOS: <i>Dos sentencias del Tribunal Constitucional italiano sobre cuestiones matrimoniales</i>	817
CARLOS VATIER FUENZALIDA: <i>La celebración del matrimonio en Inglaterra</i> ...	825
ANGEL CRISTÓBAL MONTES: <i>La administración de la sociedad anónima en el Derecho comparado</i>	843

Vida Jurídica

<i>La institución de heredero bajo condición. Discurso de ingreso del profesor don Manuel Albaladejo García en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, por Antonio Pau Pedrón</i>	869
--	-----

Información Legislativa

A cargo de Pedro de Elizalde y de Aymerich	875
--	-----

Bibliografía

Libros	897
DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo: <i>Manual de clases prácticas de Derecho civil</i> , por José Bonet Correa.—AZNAR GIL, Federico: <i>El nuevo Derecho matrimonial canónico</i> , por Juan Sánchez y Sánchez.—C. DONISI: <i>Il contratto con se stesso</i> , por Carlos Vattier Fuenzalida.—GONZALEZ DEL VALLE, J. M.; LOMBARDIA, P.; LOPEZ ALARCON, M.; NAVARRO VALLS, R., y VILADRICH, J.: <i>Derecho eclesiástico del Estado español</i> , por José Bonet Correa.—ISENBURG MENCHINI, L.; GUARDA NARDINO, L.; KYOVSKY, R.; MERCURI, I.; SZUBERT, W.; GHIMPU, S.; FRANK-KISS, G. S.: <i>Il Diritto del lavoro del paesi socialisti europei</i> , por José Bonet Correa.—INSTITUT DE DROIT COMPARE DE L'UNIVERSITE JEAN MOULIN: <i>Mariage et famille en question</i> , por Antonio Pau Pedrón.—MARIN PEREZ, Pascual: <i>Derecho Civil. Relación e instituciones jurídicas</i> , por José Bonet Correa.—MILLAN, Carlos: <i>La incongruencia civil</i> , por José Bonet Correa.—OGAYAR Y AYLLON: Tomás: <i>Efectos que produce la obligación bilateral</i> , por José Bonet Correa.—TIBO DURAN, Luis: <i>Las sociedades de garantía recíproca</i> , por José Bonet Correa.—ROMAN GARCIA A.: <i>El precontrato</i> , por Carlos Vattier Fuenzalida.—DE LA VILLA, Luis Enrique: <i>Panorama de las relaciones laborales en España</i> , por José Bonet Correa.— <i>Poteri dei privati e Statuto della Proprietà. III. La nuova disciplina della proprietà edilizia e urbanistica</i> , por José Bonet Correa.	

Revista de revistas

II. REVISTAS EXTRANJERAS

A cargo de Antonio Pau Pedrón	921
-------------------------------------	-----

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

II. RESOLUCIONES

A cargo de Antonio Pau Pedrón	931
-------------------------------------	-----

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

I. SENTENCIAS COMENTADAS:

<i>Una teoría económica sobre la mercantilidad de la compraventa</i> , por Cándido Paz-Ares	943
---	-----

<i>El valor de la inscripción en el Registro de la Propiedad en las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, según nuestro Tribunal Supremo</i> , por Francisco Núñez Lagos	997
---	-----

<i>La determinación cuantitativa de la renta arrendaticia urbana, pactada su revisión cada cinco años ante la legislación limitativa</i> , por José Bonet Correa	1003
--	------

II. SENTENCIAS	1013
----------------------	------

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 III



JULIO-SEPTIEMBRE
MCMLXXXIII

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS**

SERIE 1.º

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



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

Como ya se anunció a los lectores, el ANUARIO dedicará el próximo fascículo (XXXVI-IV) a rendir memoria a su fundador y director durante treinta y seis años, don Federico de Castro.

Con este motivo, se advierte que cualquier retraso que pudiera producirse en la aparición de ese número, no afectará a las fechas de publicación de los posteriores.

NUEVOS PRECIOS DEL ANUARIO PARA 1984

Suscripción anual:	España	4.400	pesetas
	Extranjero	5.100	»
Número suelto:	España	1.350	»
	Extranjero	1.700	»

El principio de unidad jurídica de la familia y la nacionalidad

LUIS DIEZ-PICAZO

La consagración doctrinal del principio de «unidad jurídica de la familia» en materia de nacionalidad se debe al profesor De Castro, cuya memoria quiero honrar en estos momentos, que lo expone magistralmente en el tomo II del *Derecho Civil de España* (Madrid, 1952, págs. 422 y ss.) del siguiente modo.

De los debates suscitados en derredor de la nacionalidad —dice Castro— ninguno tan acalorado y confuso como el de la relación entre vínculos familiares y nacionalidad. Causados por el chocar de encontradas ideas sobre la vida, no cabe proponer una solución generalmente aceptable, y al tratar de esta cuestión sólo queda la esperanza de aportar un poco de claridad a la discusión, aparte de decir el porqué de la opinión propia.

Las direcciones seguidas pueden encajarse en uno de los siguientes esquemas:

a) El vínculo familiar tiene valor primario; por ello, la unidad familiar ha de ser respetada y reforzada por la legislación. Los vínculos familiares, como de Derecho natural, están fuera del poder arbitrario del Estado. La Nación está basada en la unión de familias, su misma estructura e interna solidez dependen de la de cada familia; así, la familia es también el sostén del Estado nacional.

La unidad familiar requiere que los miembros de la familia (y sus mutuas relaciones) estén sometidos a las mismas leyes y que formen parte de un mismo Estado. Unificación jurídica de la familia, que significa apretar los lazos de cada familia, incluso de las que tienen miembros de distinto origen, y el evitar las familias jurídicamente divididas.

Es la concepción basada en la idea de la familia cristiana y a la que ha podido denominarse la tradicional europea.

b) Los vínculos familiares, como los que existen entre ciudadano y Estado, dependen de la voluntad de los individuos, ellos los crean libremente y del mismo modo los pueden desatar. La nacionalidad y el matrimonio nacen por el contrato, y lo mismo una que otro pueden disolverse por el querer individual; nada importa que para respetar ese querer los miembros de una familia resulten con distinta nacionalidad.

Es una concepción difundida por el liberalismo individualista, e influyó mucho en los ideólogos de principio de siglo.

c) El interés del Estado prima sobre la voluntad individual y sobre los vínculos familiares. La unidad familiar no tiene por qué ser atendida cuando el respetarla contraría los propósitos del Estado de controlar la entrada de extranjeros (o personas de determinado origen racial) en su territorio o de impedir la disminución de sus súbditos. Para conseguir este resultado se procede en una doble dirección: desconociendo influencia al vínculo familiar sobre la familia, o prohibiendo el matrimonio con extranjeros.

Esta es la concepción absolutista del Estado, que ha tenido diversas manifestaciones: reciente, en la monarquía francesa borbónica, y actual, en distintos regímenes políticos.

La distinción de concepciones recordada importa tenerla presente, porque mientras la primera de las indicadas se ha mantenido con una relativa pureza, las dos últimas, no obstante lo contradictorio de sus fundamentos, se confunden en la doctrina, utilizándose promiscuamente sus argumentos; quizá por coincidir en la desvaloración de la familia.

La exposición de Castro hizo fortuna y ha sido después incansablemente repetida. La Ley de 2 de mayo de 1975 fue criticada precisamente porque introdujo una quiebra o una ruptura en esa idea, que, a esas alturas, se consideraba como un principio casi inmovible: el «principio de unidad jurídica de la familia». Ocurre empero que la idea de «unidad jurídica de la familia» no había recibido nunca una explicación totalmente satisfactoria. Podía valer como rótulo bajo el que agrupar algunas normas jurídicas concretas o como regla tras la cual explicar el fundamento de esas normas. Como principio general del Derecho, me temo que no ocurre lo mismo. Porque, ¿qué se quiere decir cuando se habla de una unidad jurídica de la familia? Se habla de una «unidad de la familia» y que se la moteja o se la apostilla como jurídica. Me parece que ni por una ni por otra línea —la de la unidad, la de lo jurídico— alcanzamos resultados satisfactorios. No es fácil hablar de una unidad de la familia. La idea de familia —familia extensa; familia linaje— como grupo que recibe una dosis de unidad no pasa de ser metafórica. En el Derecho moderno la familia no puede adscribirse ni a los grupos asociativos ni a los grupos comunitarios. En el Derecho moderno bajo el rótulo de familia se están escondiendo plurales relaciones jurídicas de carácter interindividual y segmentario —padre-madre-hijo; abuelo-nieto; hermano-hermana; tío-sobrino; primos—. Naturalmente, colocando delante la relación jurídica conyugal que es la que sirve de fundamento, como acto fundacional, a la familia o a un prototipo de familias.

Si no resulta fácil hablar de unidad familiar, menos todavía lo es hablar de «unidad jurídica». De unidad jurídica se podrá hablar cuando una unidad real o social reciba una traducción jurídica. No es este evidentemente el sentido que nuestra expresión tiene. Unidad jurídica puede equivaler también a unidad de ordenamiento jurídico. Significa,

entonces, que el conjunto de las relaciones jurídicas familiares referidas a una misma familia queda regido por un mismo ordenamiento jurídico. Puede, efectivamente, considerarse como un *desideratum* esta unidad de ordenamiento, sobre todo por la certidumbre y por la coherencia que puede prestar, por las desarmonías que evita, por la necesidad de que los principios rectores sean los mismos. Sin embargo, la unidad jurídica, entendida como unidad de ordenamiento, sólo es problemática, cuando, en presencia de una pluralidad de ordenamientos y de posibles puntos de conexión, sea preciso tomar alguna decisión. Así vista, la cuestión es de Derecho internacional privado o de Derecho interregional. El problema de la nacionalidad sólo se proyecta de manera indirecta, en la medida en que la ley personal es la ley nacional y en que, procurando que las nacionalidades sean las mismas, el conflicto deja de plantearse o se palía. Sin embargo, si en sentido jurídico —con independencia de lo que puede pensarse en el terreno de los sentimientos o en el terreno de las actitudes sociales— familia son sólo plurales relaciones interindividuales, la justificación de la unidad de ordenamiento para regular todas las relaciones derivadas de una común ascendencia, no es fácilmente inteligible. Y lo es menos todavía en aquellos casos en que, como ocurre en los tiempos modernos, las situaciones sociales aparecen muy impregnadas por un espíritu de universalismo y en que en cualquier caso son frecuentes las relaciones entre personas de diferente nacionalidad y se quiere llegar a la supranacionalidad.

En la doctrina de nuestros manuales, la llamada unidad jurídica de la familia como criterio inspirador de la nacionalidad había ido recibiendo sucesivas restricciones. Es quizá el punto en el que más clara se ve la reducción de la familia linaje a la familia conyugal o familia estricta. Ya en la primitiva redacción del Código civil, la de 1889, en el título relativo a la nacionalidad estaban contemplados únicamente los vínculos marido-mujer-padre-hijo. Por eso, la eficacia del principio que analizamos quedaba limitada a determinar la unidad de nacionalidad entre marido y mujer y entre padre (o genéricamente titular de la patria potestad) e hijos sometidos a ella. Lo cual significa que nunca ha sido puesto en cuestión que miembros de una misma familia pueden tener nacionalidades diferentes si vamos más allá de las estrictas cotas antes citadas. Por ejemplo: los hijos una vez que salían de la patria potestad (V. gr., el que emigraba a un país lejano en el que se asentaba, situación muy frecuente en una sociedad como la nuestra que es de emigrantes). Es igualmente claro que podía ser distinta la nacionalidad de los hermanos y *a fortiori* la de las personas ligadas por vínculos familiares más lejanos (nieto-abuelo; tío-sobrino, etc.).

Por consiguiente, el problema de la relación entre nacionalidad y vínculo familiar se plantea en estos estrictos términos:

1.º La mujer debe o no seguir la nacionalidad del marido en el momento de contraer matrimonio y, si con posterioridad al matrimo-

nio el marido adquiere una nacionalidad distinta, la mujer debe o no seguir esta nueva nacionalidad.

La respuesta afirmativa comportaba una traducción de esta idea en la regla, según la cual si el marido perdía la nacionalidad española, la mujer debía perderla también y que si un extranjero casado adquiría la nacionalidad española la adquisición de nacionalidad se extendía a su mujer.

Las reglas indicadas, en las cuales es evidente que el factor determinante era el sexo masculino, presentaban alguna excepción en los casos de matrimonios separados legalmente. Aun cuando en este caso la relación conyugal no había desaparecido, la unidad jurídica de nacionalidad no se producía ya.

2.º La segunda regla se encontraba en la relación entre el padre y los hijos sometidos a la patria potestad. Se producía la unidad jurídica atribuyendo desde el nacimiento a los hijos la nacionalidad del padre y estableciendo que en caso de pérdida de nacionalidad española por el padre, los hijos la perdían también y que en caso de adquisición española por un extranjero con hijos menores o de recuperación por un español originario, la nacionalidad adquirida o recuperada se extendía a esos hijos menores.

De las premisas que hemos establecido, se deduce que el problema que tenemos planteado ha de contemplarse fundamentalmente en la relación conyugal y en la relación paterno-filial.

a) En la edición primitiva del Código civil se establecía el principio de que la mujer casada sigue la condición y nacionalidad de su marido (cfr. art. 22). De acuerdo con la concepción patriarcal de la familia, el varón es el factor dominante y su nacionalidad arrastra la nacionalidad de la mujer. En ese momento de la codificación, se permite sólo que, una vez disuelto el matrimonio, esto es, cuando ya no existe vínculo conyugal, la mujer española que hubiera perdido la nacionalidad española por casarse con extranjero, pueda recobrar su nacionalidad originaria, si bien «reuniendo los requisitos establecidos en el artículo anterior», es decir, todos los requisitos necesarios para cualquier forma de recuperación de la nacionalidad.

El principio del antiguo artículo 22 de que la mujer casada sigue la nacionalidad del marido presentaba una doble vertiente. Podía referirse a la situación de una mujer extranjera que contraía matrimonio con varón español y podía referirse a la mujer española que casara con extranjero. La primera de las situaciones descritas no planteaba especiales problemas; la extranjera casada con español se hacía española por matrimonio, sin necesidad de ningún otro requisito y con independencia del régimen jurídico que estableciera el ordenamiento correspondiente a su nacionalidad de origen. Más complicado era el caso de la española que casaba con extranjero. De acuerdo con la ley española debía seguir la condición de su marido y por consiguiente perder la nacionalidad española, ya que la nacionalidad española se perdía por la adquisición de una nacionalidad extranjera. El problema en este caso estribaba en que la ley española no podía disponer la adquisición de la nacionalidad

del marido, pues es éste un efecto jurídico correspondiente sólo al ordenamiento jurídico del marido. Podía así ocurrir que la española perdiera la nacionalidad al casarse, porque así lo ordenara la ley española, y que no adquiriera la del marido por no permitirlo la ley de nacionalidad de éste. La consecuencia paradójica de una hipótesis de este tipo era la apátrida.

Esta situación fue remediada por la reforma que en el Código introdujo la Ley de 15 de julio de 1954. En el artículo 21, tras esta reforma, se decía que «la extranjera que contraiga matrimonio con español adquirirá la nacionalidad del marido», añadiéndose después que «a los efectos de la nacionalidad, la declaración de nulidad del matrimonio queda sujeta al régimen del artículo 69». Por su parte, el artículo 23 establecía el efecto de pérdida de nacionalidad española para la mujer española que contraía matrimonio con extranjero, mas ahora condicionándolo a la condición de «si adquiere la nacionalidad de su marido».

Por consiguiente, debemos establecer desde ahora que la primera brecha en el monolítico principio de la igualdad jurídica, referida a la relación conyugal, se produjo en la Reforma de 15 de julio de 1954, que admitía un matrimonio en el que cada uno de los cónyuges podía poseer una nacionalidad distinta. Lo que ocurre seguramente es que en la hipótesis apuntada la nacionalidad del marido es extranjera y las relaciones familiares debían regirse por la ley del marido, de suerte que la unidad de ordenamiento quedaba preservada.

Otro punto digno de mención es el relativo a la recuperación de la nacionalidad. En la edición primitiva del Código, la española, casada con extranjero, sólo podía recobrar la nacionalidad española tras la *disolución* del matrimonio (antiguo art. 22). Como el sistema era de disolución por muerte, sólo en los casos de viudez el efecto se producía. No estaba claro en ese momento si a la disolución del matrimonio podía equipararse la nulidad aunque hubiera razones en favor de la aplicación de la regla de matrimonio putativo. En la Ley de 15 de julio de 1954 las posibilidades de recuperación se ampliaron: la mujer española que hubiera perdido la nacionalidad por razón de matrimonio podía recobrarla, una vez disuelto o declarada la separación judicial a perpetuidad. En los casos de separación judicial no hay obviamente extinción del vínculo matrimonial. La simple posibilidad legal de las vidas separadas permitía la dualidad de nacionalidad. El legislador era sumamente estricto en ese momento y exigía una separación que fuera judicial y a perpetuidad, con un calificativo que no encontraba después reflejado en el resto del ordenamiento jurídico.

En esta fase de nuestra legislación que estamos ahora examinando, había otra situación que contemplar: la del extranjero casado, que adquiría la nacionalidad española de manera sobrevenida. En la edición primitiva del Código no había para esta hipótesis ninguna norma especial. Se aplicaba la regla de que la mujer casada sigue la nacionalidad del marido, de suerte que los extranjeros naturalizados determinaban un efecto adquisitivo que se extendía a sus consortes. Tras la

Ley de 15 de julio de 1954, el problema pasó a ser expresamente contemplado y a tener una norma que sólo exceptuaba el caso de separación. El artículo 19, párrafo 1.º, decía que la nacionalidad obtenida por carta de naturaleza o por residencia por el marido se extiende a la mujer no separada legalmente.

La modificación sustancial en la materia que estamos estudiando se produjo en la Ley de 2 de mayo de 1975. A partir de este momento se escinden matrimonio y nacionalidad. El artículo 21, tras la Ley de 2 de mayo de 1975, decía así:

«El matrimonio por sí sólo no modifica la nacionalidad de los cónyuges, ni limita o condiciona su adquisición, pérdida o recuperación por cualquiera de ellos con independencia del otro. El cónyuge español sólo perderá su nacionalidad por razón de matrimonio con persona extranjera si adquiere voluntariamente la de ésta. El cónyuge extranjero podrá adquirir la nacionalidad española por razón de matrimonio si expresamente opta por ella».

En la alternativa que se le ofrecía al legislador, que había roto ya con el principio de unidad de nacionalidad del matrimonio, los dos polos eran permitir la perdurabilidad de la dualidad de nacionalidad sin propiciarla o fomentar o hacer tendencialmente fácil la reunificación de las nacionalidades. El legislador español de 1975 favoreció la reunificación. Para ello existían, todavía, dos vías: que el cónyuge extranjero casado con consorte español adquiriera la nacionalidad española por residencia, que podía ser una residencia de tiempo reducido o que la adquiriera de otro modo más expeditivo. En la reforma de 1975 se prefirió este sistema y se otorgó el derecho a adquirir por opción la nacionalidad. Sin embargo, esta opción de nacionalidad permitía, curiosamente, la excepción de motivos de orden público, lo que la convertía en una opción *sui generis*.

Fue consecuencia de la reforma de 1975 que el extranjero que adquiría la nacionalidad española por naturalización o residencia no extendía esta adquisición a su mujer. Concorde con el principio, el artículo 19 decía simplemente: «la nacionalidad así obtenida se extiende a los hijos que se encuentran bajo la patria potestad».

Tras esta somera exposición, podemos pasar ya a estudiar la reforma introducida por la Ley de 13 de julio de 1982. En la reforma de 1982 desaparece el artículo 21 de la Ley de 1975. No desaparecen, sin embargo, sus principios rectores. En 1975 el precepto fue necesario para enmarcar un cambio de rumbo en la legislación española, aunque tratándose de normas negativas —las de los párrafos 1.º y 2.º, por supuesto— su carácter innecesario resultaba manifiesto. Por eso ahora desaparecen del texto del Código. No porque cambien las situaciones legales, sino porque no requiere tal regla la economía legislativa. Como he dicho, las soluciones legislativas de los párrafos 1.º y 2.º del antiguo artículo 21 continúan siendo las del ordenamiento actual. Así: a) el hecho de la celebración del matrimonio por sí solo

no modifica la nacionalidad de los contrayentes; b) el matrimonio por sí solo no limita ni condiciona la posibilidad de que cada uno de los cónyuges adquiera, pierda o recupere la nacionalidad española con independencia del otro; c) el cónyuge español sólo pierde su nacionalidad española por razón de matrimonio con persona extranjera, cuando adquiera la nacionalidad de su consorte y esta adquisición se realice voluntariamente, es decir, no proceda de manera automática o *ipso iure*.

En la reforma de 1982 hay, sin embargo, un importante cambio en lo que antes he llamado la tendencia a la reunificación de las nacionalidades conyugales. La alternativa posible era la facilitación mediante la opción de nacionalidad o mediante la residencia abreviada. El legislador de 1975 prefirió la opción. El legislador de 1982 ha preferido la residencia abreviada. Así, el nuevo artículo 22 permite la adquisición de la nacionalidad por residencia de un año a «quien se haya casado con español o española».

Debo decir que en este punto la reforma me merece plácemes. Cuando se elaboraron los trabajos previos de la Ley de 2 de mayo de 1975 fui personalmente partidario de esta solución que ahora se consagra. La solución de la opción —que se produjo un poco contra natura de la opción— estaba impulsada por el carácter más vehemente que se quería atribuir a la reunificación de nacionalidades. La residencia abreviada presenta algunas ventajas. Impone el arraigo del extranjero que adquiera de esta suerte la nacionalidad española, pues en el derecho anterior podía ocurrir que fuera español sin haber pisado nunca el suelo patrio, y justifica mejor la denegación por motivos de orden público.

La cláusula que permite la adquisición de la nacionalidad española mediante la residencia abreviada de un año al que casa con español, añade la coletilla «aunque el matrimonio se haya disuelto». Esta coletilla podría inicialmente suscitar alguna crítica, pues si el matrimonio está disuelto, no se ve ninguna razón especial para fomentar la reunificación. Sin embargo, la verdad es que bajo la cobertura de la residencia de un año se ha incluido tal cantidad de supuestos que no es disparatado introducir también la hipótesis del matrimonio.

b) El segundo capítulo del tema que nos hemos propuesto desarrollar, abandona la relación conyugal y se sumerge en la relación paterno-filial. En este campo, los problemas que hay que examinar son básicamente tres: la relación entre nacionalidad y patria potestad; la relación entre nacionalidad y filiación; y la relación entre nacionalidad y adopción.

En la edición primitiva del Código civil, el artículo 18 consagraba de manera rotunda la regla de que «los hijos, mientras permanezcan bajo la patria potestad, tienen la nacionalidad de los padres». El principio de unidad de nacionalidad entendida como unidad jurídica de la familia, se manifestaba claramente en la relación paterno-filial dotada de patria potestad. Como la patria potestad por regla general correspondía al padre, es evidente que la nacionalidad paterna era la

definitiva. Aplicado el artículo 18 a los hijos nacidos dentro de matrimonio y puesto en conexión con las reglas que estudiamos más arriba, significaba sin duda la identidad de nacionalidad de padre-madres e hijos.

El artículo 18 contemplaba las situaciones de patria potestad y por supuesto de filiación legalmente establecidas. Se aplicaba tanto a la filiación que entonces se llamaba legítima como a la filiación natural, con tal que hubiera patria potestad. La patria potestad era la del padre y sólo subsidiariamente la de la madre cuando la patria potestad del padre no hubiera existido nunca —caso de los hijos naturales no reconocidos por el padre— o hubiera desaparecido por muerte del padre o por privación de la patria potestad. La regla del antiguo artículo 18 se aplicaba a los hijos de extranjeros cuando sus padres adquirirían sobrevenidamente la nacionalidad española, lo que suponía una extensión de la adquisición a ellos y que los hijos de un español que perdía la nacionalidad española, la perdían también.

En la edición primitiva del Código, una excepción al rígido principio de unidad de nacionalidad padre-hijos se producía en los casos de opción por nacimiento en el territorio español. Se decía que la opción se realizaba mediante declaración de los padres llevada a cabo a nombre de los hijos (cfr. antiguo art. 18). Es verdad que se hablaba simplemente de padres y no de padres en el ejercicio de la patria potestad, mas es manifiesto que se permitía una dualidad de nacionalidades entre los padres que continuaban siendo extranjeros y los hijos que en virtud de la opción pasaban a ser españoles en su menor edad.

La Ley de 15 de julio de 1954 hizo desaparecer el principio de que los hijos bajo patria potestad tienen siempre la nacionalidad de sus padres. Sin embargo, en las aplicaciones concretas, mantuvo la misma línea, aunque introduciendo en ella algunas matizaciones. El párrafo 3.º del artículo 19, según aquella redacción, mantenía la regla de que la nacionalidad adquirida por carta de naturaleza o por residencia se extendía a los hijos que se encontraran bajo la patria potestad del adquirente. En cambio, en los casos de pérdida de la nacionalidad española por el padre español, el artículo 23-5.º limitaba el efecto de la repercusión. Los hijos bajo patria potestad perdían la nacionalidad española al perderla el padre, pero «siempre que les corresponda adquirir la nacionalidad del padre». Por esta vía, en beneficio de los hijos y de la nacionalidad española se paliaba el efecto extintivo y se rompía la unidad, pues había padre extranjero e hijos españoles que les correspondía adquirir la nacionalidad del padre, en cuanto condición, podía significar una de estas cosas: que si el padre no adquiría ninguna nacionalidad —v. gr., porque la pérdida le conducía a la apatridia—, los hijos continuaban siendo españoles; y que si el padre perdía la nacionalidad española por haber adquirido voluntariamente otra, los hijos sólo perdían la nacionalidad española si de acuerdo con la ley de la nueva nacionalidad del padre adquirían esta última. Por lo demás, como ya he dicho, la unión de nacionalidades en todos estos preceptos es consecuencia de la patria potestad y no del vínculo de

filiación. Faltando la patria potestad, la divergencia entre nacionalidad del padre y nacionalidad de los hijos, podía nítidamente producirse. En la reforma de 1954 desapareció, en cambio, el ejercicio de la opción de nacionalidad por los padres en representación legal de los hijos. El artículo 18 era muy claro en el sentido de que la declaración de opción correspondía a los interesados. Pasamos de esta suerte a la regulación de la Ley de 13 de julio de 1982, pues la Ley de 2 de mayo de 1975 no incidió en esta materia.

En la Ley de 1982 se desvanece, hasta casi borrar, la conexión entre nacionalidad y patria potestad. Es significativo que, tras las huellas de 1954, continúe omitiéndose la vieja regla de que los hijos de patria potestad continúan la de los padres. Además, son significativos algunos otros datos: No se dice en lugar alguno que la adquisición de nacionalidad española se extienda a los hijos en potestad del adquirente. Puede producirse una adquisición conjunta, pero no se produce la extensión automática o *ipso iure*. Lo denota así el artículo 21, que permite la solicitud de adquisición a los menores, desde que cumplen los catorce años «asistidos por su representante legal». El segundo dato lo constituye el artículo 25, según el cual «no perderá el hijo la nacionalidad española por quedar sujeto a la patria potestad de un extranjero o porque quienes la ejerzan pierdan la nacionalidad». El artículo 25 establece una manifiesta regla de conservación de la nacionalidad española, que es, además, independiente de lo que pueda disponer al respecto la ley extranjera de la nacionalidad del titular de la patria potestad. Como se ve, lo que he llamado el desvanecimiento de la conexión entre nacionalidad y patria potestad es paladino. No es consecuencia sólo de que la patria potestad haya pasado a ser conjunta después de la Ley de 13 de mayo de 1981. Más me parece consecuencia de la pérdida de su carácter autoritario y de su estructura de potestad de gobierno de la potestad familiar, con la consagración de su carácter tuitivo y siempre de beneficio del hijo como dice el actual artículo 154.

Por una curiosa paradoja, la patria potestad adquiere relevancia en materia de nacionalidad en otro sentido. Según el actual artículo 19, el hecho de que una persona quede sujeta a la patria potestad de un español, permite el ejercicio de la opción por la nacionalidad española, según literalmente se dice en supuestos previstos de los artículos anteriores. El problema es que quedar sujeto a la patria potestad de un español, que por hipótesis tiene que ser el progenitor, no determina fácilmente un supuesto de opción. Porque si el padre o la madre son originariamente españoles, los hijos son también originariamente españoles (cfr. art. 17). De esta suerte, el artículo 19 parece referirse a una de estas dos hipótesis: el hijo que con anterioridad tenía una nacionalidad extranjera —no originaria, sino derivativa— experimenta una modificación en el *status* de su patria potestad y queda sujeto a la potestad de un español (v. gr., por pasar de la patria potestad de uno de sus padres a la del otro); es el titular de la patria potestad quien adquiere la nacionalidad española. En este caso la relación entre

patria potestad y nacionalidad es tenue, pues, según el artículo 19 la misma consecuencia se produce en el caso de la tutela.

Las relaciones entre nacionalidad y filiación sin patria potestad no pertenecen en puridad a nuestro tema. La filiación es uno de los títulos de adquisición de la nacionalidad originaria, como se desprende de la vieja categoría del *ius sanguinis*, del linaje o de lo que dispone en concreto el artículo 17. Señalaré únicamente que el título es la filiación en cuanto hecho revestido *ex post* de una consideración jurídica y no, necesariamente, la intermediación de una específica relación jurídica paterno-filial. El párrafo final del artículo 17 es en este sentido significativo: la determinación legal de la filiación respecto del padre o madre españoles produce automáticamente la adquisición de la nacionalidad española de origen. Si por «nacionalidad española de origen» entendemos la primera nacionalidad que el individuo posee después de nacer, el precepto apenas plantea problemas. Desde que existe una determinación legal de la filiación, existe automáticamente nacionalidad española. Por ende, desde la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, desde el reconocimiento de la filiación, etc. Mayores dificultades suscita el problema si la determinación legal de la filiación ocurre en un momento posterior y después que se haya ostentado una primera nacionalidad. Este sería el caso en que el hijo ostentara la nacionalidad de uno solo de sus progenitores y después se determinara la filiación respecto del otro (p. ej., como consecuencia de un reconocimiento o de una sentencia firme). Puede ser el caso también de la hipótesis del artículo 17.4 en relación con las personas de filiación desconocidas, que por este hecho poseyeran la nacionalidad del lugar de nacimiento cuando después se produce una determinación de filiación. Pensar que en tales casos funciona la regla del artículo 17 puede resultar contradictorio con la regla.

Para concluir nuestro estudio se hace preciso hacer alguna referencia al problema de la relación entre nacionalidad y adopción, pues si ha de existir —o por lo menos nuestra tarea consiste en analizar hasta qué punto existe— una relación entre nacionalidad y vínculos familiares, los vínculos nacidos de la adopción no pueden estar ausentes. Hasta la Ley de 1954 el tema no era objeto de ninguna específica regulación legal. Se había planteado en la jurisprudencia y alguna sentencia del Tribunal Supremo se apresuró a consagrar la solución negativa, tal vez por el temor de que la adopción se convirtiera, sin límite ni freno, en nuestra vía fraudulenta de adquisición de la nacionalidad española. Esta situación se producía en un momento en el que la figura de la adopción poseía unos perfiles muy borrosos y no se encontraba nítidamente definida. La Ley de 1954 atacó por primera vez el problema y estableció un tiempo de residencia de dos años para la adquisición de la nacionalidad por este título, cuando se tratara «de extranjeros adoptados durante su menor edad por españoles». Significaba ello que si los extranjeros eran adoptados en otro momento, la adopción no producía ninguna incidencia en su *status* de nacionalidad. Después de esta nueva redacción del artículo 20 del año

1954, se introdujeron en el sistema del Código las modificaciones que en el régimen jurídico de la adopción comportaron las Leyes de 24 de abril de 1958 y de 4 de julio de 1970. Era dato crucial de estas leyes el hecho de que se estableciera una importante diferencia entre adopción plena y adopción menos plena y que, respecto de la primera, se buscara la mayor equiparación posible con la filiación por naturaleza. Dio ello lugar a que la adquisición de nacionalidad por hijos adoptivos fuera objeto de una resolución de la D. G. R. de 13 de julio de 1961. De esta suerte llegamos a la Ley de 1982. En la Ley de 1982 es decisivo el artículo 18. El artículo 18 dice así: «El extranjero menor de dieciocho años adoptado en forma plena adquirirá por este hecho la nacionalidad española cuando cualquiera de los adoptantes fuera español. Si alguno de los adoptantes era español al tiempo del nacimiento del adoptado, éste tendrá desde la adopción la condición de español de origen.

La primera parte del precepto es clara. Sólo hay conexión directa entre adopción y nacionalidad cuando se trata de adopción plena de persona menor de dieciocho años. Es de destacar que este último punto sólo exceptúa aquellas personas que hubieran estado viviendo antes de los catorce años en el hogar y en compañía de los adoptantes, pero respecto de los cuales la adopción no se hubiera formalizado por la necesaria conexión entre el artículo 18 y el artículo 178. La nacionalidad española se adquiere por el hecho mismo de la adopción y por consiguiente desde este momento. Y es suficiente que sea español un solo de los adoptante. Expresión ésta que tiene que referirse al caso de adopción por dos cónyuges, pues sólo en estos casos cabe la adopción conjunta (cfr. art. 172 *in fine*). Mayores dificultades de interpretación ofrece el párrafo 2.º del artículo 18. En él, se atribuye al adoptado la llamada condición de español de origen, aunque paradójicamente desde el momento de la adopción, lo que suscita dos órdenes de comentarios: que no hay una verdadera condición de español de origen diferente de otra condición de español, pues los españoles, en cuanto españoles son todos iguales; y que es paradójico atribuir la condición de español de origen, no desde el origen sino desde la adopción. No basta para eliminar la paradoja, según creo, la idea de que la ficción trate de impedir las sanciones que los nacionales no originarios pueden sufrir.

Que el efecto adoptacional sobre la nacionalidad se ligue al hecho de que alguno de los adoptantes fuera español en el momento del nacimiento del adoptado tampoco es comprensible. Literalmente significa que el párrafo 2.º es la regla general o el Derecho común, mientras que el párrafo 1.º se refiere a la adopción realizada por españoles que lo hayan sido sobrevenidamente.

Los comentarios que anteceden conducen a una conclusión somera: la relación entre nacionalidad y vínculo familiar parece irse borrando en favor de un principio de personalidad y de una pluralidad de nacionalidades, mientras que, paradójicamente, se refuerzan algunas consecuencias unitarias de la adopción.

La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia. Posibilidad y límites

PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH

Abogado del Estado

SUMARIO: I. *Los Tribunales Superiores de Justicia en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía.*—1. Regulación constitucional.—2. Los Estatutos de Autonomía.—II. *La jurisprudencia en el Derecho español.* 1. La jurisprudencia, en general.—2. El monopolio del Tribunal Supremo en la producción de jurisprudencia.—III. *La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia.*—1. Admisión de su existencia. 2. Requisitos.—3. Valor o eficacia.—IV. *La jurisdicción del Tribunal Supremo y su incidencia sobre los Tribunales Superiores de Justicia.* 1. Referencia al Tribunal Constitucional.—2. La jurisdicción del Tribunal Supremo según la Constitución.—3. Procedimientos para el ejercicio de la superior jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo.—4. Conclusión.

I.—LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA EN LA CONSTITUCION Y EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMIA

1. *Regulación constitucional.*

La organización territorial del Estado Español mediante Comunidades Autónomas, innovación fundamental introducida por la Constitución de 1978, tiene necesariamente su reflejo en la organización específica de la Administración de Justicia.

A este respecto, la Constitución, como norma primera y superior, que estatuye y coordina las líneas estructurales del Poder judicial, contiene los principios esenciales para organizar dicho Poder en el ámbito territorial autonómico. No obstante el texto constitucional, como en tantos otros aspectos, es aquí poco pre-

NOTA: Este trabajo fue redactado para las Jornadas de Estudio sobre "El Poder Judicial", organizadas por la Dirección General de lo Contencioso del Estado en mayo de 1982.

ciso, e incluso, ambiguo y asistemático (1), sin que estos defectos hayan sido debidamente subsanados por los Estatutos de Autonomía promulgados, ni se aborde decididamente su resolución en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial actualmente en tramitación.

Con arreglo a la Constitución, la Administración de Justicia y la legislación procesal son materias sobre las que el Estado tiene competencia exclusiva (2), es decir, se encuentran al margen del ámbito competencial alcanzable por las Comunidades Autónomas ordinariamente; sólo mediante una ley orgánica estatal de delegación podrían conferirse facultades sobre estas materias a dichas Comunidades. Este régimen general admite una limitada excepción en materia procesal, cuando las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas exijan una necesaria especialidad procesal; sin embargo, contrastando con este supuesto, la competencia estatal sobre la Administración de Justicia es completa.

La posición adoptada por el vigente texto constitucional se traduce en el mantenimiento de una estructuración uniforme de los órganos jurisdiccionales en todo el territorio nacional y en la implícita eliminación de la posibilidad de existencia de órdenes jurisdiccionales particulares en las Comunidades Autónomas. Este sistema contrasta con el diseñado por la Constitución republicana de 1931, que tanto influjo tuvo en la elaboración de la vigente, cuyo limitado desarrollo mostró las perturbadoras consecuencias de una disgregación del Poder Judicial. En efecto, el texto de 1931 llegaba en esta materia a posiciones claramente federalistas. Los Estatutos podían atribuir a las regiones competencia para organizar de forma general la Administración de Justicia en su territorio; sólo la jurisdicción del Tribunal Supremo y con la salvedad de las atribuciones que se reconociesen a los Poderes regionales, quedaba reservada a la legislación y la ejecución directa del Estado.

(1) En este sentido se pronuncia el Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías, publicado por el Centro de Estudios Constitucionales, mayo 1981, pág. 92; también L. MARTÍN REBOLLO, en *Incidencia de la nueva organización territorial en el recurso contencioso-administrativo (El control jurisdiccional de las Comunidades Autónomas)*, "Documentación Administrativa", núm. 182, pág. 522 y A. AGÚNDEZ: *Repercusiones de la Constitución de 1978 en el Derecho Procesal*, en "Lecturas sobre la Constitución Española", tomo 2, Madrid, 1978, págs. 393 y siguientes. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado tajantemente sobre esta cuestión en su sentencia de 14 de julio de 1981 (v. apartado 6 de los Fundamentos Jurídicos) y en forma coincidente con la tesis expuesta.

(2) Según el artículo 149.1 de la Constitución, el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

5.º Administración de Justicia.

6.º Legislación Procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas."

Por su parte, la legislación procesal, aunque su formulación correspondía sólo al Estado, podía ser ejecutada por las regiones autónomas, en lógica correspondencia con sus funciones organizadoras de la jurisdicción (3).

De la regulación dedicada a esta materia por la Constitución de 1978 merece ser destacada la operatividad del principio de unidad jurisdiccional, expresamente proclamado, como necesario reflejo de la unidad del Estado y de la soberanía nacional (4). El Poder Judicial único reviste, pues, la consideración de valor fundamental del sistema constitucional español y contra él no pueden prevalecer razones históricas, incompatibles con la realidad social actual, ni políticas, que no se concilian con los principios fundamentales del ordenamiento español. Por consiguiente, las peculiaridades del territorio en que actúen los órganos jurisdiccionales o de su organización política no comportan una especialidad en la naturaleza de tales órganos, que ejercen una jurisdicción que es única para todo el Estado.

La unidad jurisdiccional no impone, sin embargo, que la organización judicial deba quedar de espaldas al proceso autonómico. La propia Constitución se refiere a la posible incidencia de la nueva organización territorial sobre la planta de los Tribunales de Justicia, previniendo, así, una nueva organización judicial en el ámbito de las Comunidades Autónomas. Por su parte, la disposición adicional cuarta del texto fundamental aborda la situación planteada por las Comunidades Autónomas en que tengan su sede más de una Audiencia Territorial, permitiendo la regulación de su funcionamiento por los Estatutos de Autonomía, pero respetando siempre la unidad e independencia del Poder Judicial. Más interés tiene la determinación contenida en el artículo 152, según la cual: «Un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma» La

(3) El artículo 14 de la Constitución de 9 de diciembre de 1931 establecía: "Son de la exclusiva competencia del Estado Español la legislación y la ejecución directa de las materias siguientes: 11. Jurisdicción del Tribunal Supremo, salvo las atribuciones que se reconozcan a los Poderes regionales."

Completaba la regulación el artículo 16 al disponer: "En las materias no comprendidas en los dos artículos anteriores podrán corresponder a la competencia de las regiones autónomas la legislación exclusiva y la ejecución directa, conforme a lo que dispongan los respectivos Estatutos aprobados por las Cortes."

Tienen gran interés los comentarios de N. PÉREZ SERRANO en *La Constitución Española de 9 de diciembre de 1931*, Madrid, 1932 págs 42 y ss.

(4) Véanse los artículos 117, p. 5 y 2 de la Constitución; además los comentarios de O. ALZAGA: *La Constitución Española de 1978*, Madrid, 1978, pág. 718, y T. R. FERNÁNDEZ: *La organización territorial del Estado y la Administración Pública en la nueva Constitución*, en "Lecturas...", tomo I, pág. 375. La citada sentencia de 14 de julio de 1981 del Tribunal Constitucional se refiere también al principio de unidad jurisdiccional.

previsión de los Tribunales Superiores de Justicia, debida a la intención de establecer un régimen orgánico similar al creado durante la vigencia de la Constitución de 1931, no supone atribuir competencia a las Comunidades Autónomas sobre el Poder Judicial. El mismo precepto constitucional puntualiza la aplicación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el respeto a la unidad e independencia de este poder (5).

Precisamente la regulación de los Tribunales Superiores en el artículo 152 de la Constitución suscita, por su emplazamiento sistemático, algunos problemas. En efecto, dicho precepto se refiere a «los Estatutos aprobados por el procedimiento a que se refiere el artículo anterior», con lo que parece, así lo entendió la doctrina, que sólo las Comunidades que accedan a la autonomía a través del procedimiento especial regulado en el artículo 151 de la Constitución (y las que se acogen a la disposición transitoria segunda de la misma) podrán estar dotadas de Tribunal Superior de Justicia. Por tanto, en relación con la organización de la justicia en su territorio surgía otro criterio diferenciador entre las Comunidades Autónomas de régimen especial y las de régimen normal, entre autonomía plena y restringida, además del referente a las competencias asumibles. En definitiva, los Estatutos de Autonomía tramitados con arreglo al artículo 143 de la Constitución no podrían prever la creación, en su territorio, de un Tribunal Superior de Justicia.

El devenir del proceso autonómico no se ha acomodado a estos criterios, pues, ante la ambigüedad del texto constitucional, se ha optado por marginar la correcta interpretación de sus disposiciones y generalizar la creación de Tribunales Superiores en todas las Comunidades. De este modo todos los Estatutos hasta ahora promulgados, incluso los tramitados según el citado artículo 143, prevén el funcionamiento en su territorio de tales Tribunales.

No determina la Constitución cuáles sean las competencias de los Tribunales Superiores de Justicia, ya que es tarea que debe corresponder a la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero indirectamente muestra la misión que deberán desarrollar, al establecer que: «las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma» (artículo 152 p 1 párrafo tercero).

La recepción de los Tribunales Superiores de Justicia en la ley fundamental se sujeta expresamente a dos limitaciones espe-

(5) Así lo puntualizan R. ENTRENA CUESTA en *Comentarios a la Constitución*, dirigidos por F. GARRIDO FALLA, Madrid, 1980, págs. 1596 y sig.; R. MENDIZÁBAL en *El control de las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas*, "La Constitución Española y las fuentes del Derecho", Madrid, 1979, pág. 1460; C. RODRÍGUEZ AGUILERA, en *El poder judicial en las Comunidades Autónomas*, "Revista Jurídica de Cataluña", número 3/1981, pág. 220, y C. MARTÍNEZ ESTERUELAS, F. Díez MORENO y J. SERNA, en *Estudios jurídicos sobre el Estatuto Vasco*, Madrid, 1980, página 63.

cíficas que sirven para fijar su naturaleza y posición respecto a los demás órganos jurisdiccionales. Primeramente, queda indicada su existencia dentro de la unidad jurisdiccional; después, el respeto a la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo (6).

Ya se expuso durante la elaboración de la Constitución que los Tribunales Superiores no sustituyen al Supremo, sino que con su creación se respetaba la competencia de éste, especialmente en relación con el recurso de casación. Sin perjuicio del examen posterior del tratamiento dado al tema por los Estatutos de Autonomía, debe destacarse que la Constitución califica expresamente al Tribunal Supremo como el órgano jurisdiccional superior en todas las órdenes, como la cabeza de la jurisdicción en todo el territorio del Estado (artículo 123 p1). El Tribunal Supremo se encuentra colocado por encima de los Tribunales Superiores de Justicia y, según la Constitución, su jurisdicción no puede sufrir merma ninguna a consecuencia de la creación de éstos. Evidentemente la determinación concreta de los mecanismos por los que se manifieste la supremacía del Tribunal corresponde a las leyes procesales; no obstante la mera proclamación de su posición superior implica dos consecuencias: primero, la posibilidad de que controle la actuación de los órganos jurisdiccionales inferiores, y en segundo lugar, el logro, a través de dicho control, de la uniformidad en la resolución judicial de las controversias.

2. *Los Estatutos de Autonomía.*

A pesar del diferente marco constitucional, la regulación de los Tribunales Superiores de Justicia por los Estatutos vigentes se encuentra directamente influida por los aprobados al amparo de la Constitución de 1931. La misma denominación de estos órganos jurisdiccionales procede del Estatuto Vasco de 1936

El Estatuto de Cataluña de 1932 además de encomendar a la Generalidad la organización de la Administración de Justicia, reguló el Tribunal de Casación de Cataluña, con jurisdicción propia sobre las materias civiles y administrativas cuya legislación exclusiva correspondiese a la Generalidad. En las restantes materias se admitía la posibilidad de interponerse recurso de casación ante

(6) Este criterio se formula, además, repetidamente por el artículo 152, p. 1, al referirse en su párrafo 2.º a "Un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponda al Tribunal Supremo..." y en el párrafo 3.º que señala: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 123 las sucesivas instancias procesales..." Y el artículo 123 configura al "Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes..." La salvedad que este precepto hace de las garantías constitucionales se refiere directamente al Tribunal Constitucional; véase J. SANTOS BRIZ: *El Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior. Valor de la jurisprudencia.* "Revista Derecho Público", núms. 84-85, 1981, págs. 631 y ss.

el Tribunal Supremo o el precedente según las leyes del Estado (artículo 11, párrafo segundo, cuarto y quinto). Desarrollando las previsiones estatutarias, la Ley de la Generalidad de 12 de marzo de 1934 creó y organizó el Tribunal de Casación de Cataluña.

De forma similar el Estatuto del País Vasco, de 1936, se refiere al Tribunal Superior Vasco como órgano con jurisdicción propia en las materias civiles y administrativas cuya legislación exclusiva corresponda al País Vasco, que llega al conocimiento de los recursos de casación y revisión sobre las mismas. En todo lo no prevenido se afirma que continuaba subsistente la jurisdicción del Tribunal Supremo.

Igualmente se expresaba el Proyecto de Estatuto de Galicia, cuya única singularidad, era atribuir las competencias judiciales superiores a la Audiencia Territorial de Galicia (7).

Con estos antecedentes y apurando las posibilidades interpretativas del texto constitucional, los Estatutos de Autonomía vigentes actualmente disponen la existencia de un Tribunal Superior de Justicia en su ámbito territorial. A pesar de las notables diferencias que existen entre las Comunidades Autónomas ya surgidas (en sus aspectos territorial, de organización judicial o procedimiento de creación) se ha producido una absoluta coincidencia en este punto. Empleando términos casi idénticos los Estatutos prevén la creación del Tribunal Superior y destacan su cualidad de ser el órgano jurisdiccional en que culminará la organización judicial en su ámbito territorial. De modo también uniforme se repite para cada Comunidad que la Audiencia Territorial operante actualmente en su territorio será integrada en el futuro Tribunal Superior, quedando remitida, expresa o implícitamente a la Ley Orgánica del Poder Judicial la regulación de tal integración y de las relaciones entre ambos órganos. Finalmente, la única referencia a las funciones de los nuevos Tribunales se limita a una alusión al agotamiento, ante él, de las sucesivas instancias procesales en los términos del artículo 152 de la Constitución y de acuerdo con las disposiciones generales de aplicación (8).

(7) Véanse los artículos 11, párrafo 2.º del Estatuto Catalán de 15 de septiembre 1932 y 3 del Estatuto Vasco de 4 octubre 1936 y las observaciones de S. SENTÍS MELENDO: *El Tribunal de Casación de Cataluña*, "Revista General de Ley y Jurisprudencia", 1934, pág. 274; L. BLAS ZULUETA: *Administración de Justicia y autonomía*, "Pretor", 1978, pág. 381. Del Proyecto de Estatuto de Galicia interesa especialmente su artículo 13.

(8) Artículo 34 del Estatuto del País Vasco, de 18 de diciembre de 1979; 19 del Estatuto catalán de igual fecha; 21 del Estatuto para Galicia, de 6 de abril de 1981; 48 del Estatuto andaluz, de 30 de diciembre de 1981; 36 del Estatuto asturiano y 41 del cántabro, ambos de la misma fecha que el anterior; 34 del Estatuto para la Región de Murcia, 9 de junio de 1982; 21 del Estatuto de la Comunidad Valenciana, de 1 de julio de 1982; 28 del Estatuto aragonés, de 10 de agosto de 1982; 23 de los Estatutos para Castilla-La Mancha y Canarias, de la misma fecha; y 59 del Amejoramiento y Reintegración del Régimen foral de Navarra, también de 10 de agosto de 1982.

Interesa señalar la defectuosa sistemática empleada en los primeros Estatutos de Autonomía, al incluir las normas sobre la Administración de Justicia en su territorio en la parte relativa a los poderes o las competencias de la Comunidad Autónoma, olvidando que el Poder Judicial corresponde al Estado, en general, y, por su condición de único, no depende ni puede ser propio o particular de una Comunidad Autónoma. Esta incorrección de sistema ha sido enmendada en los Estatutos posteriores, que regulan la Administración de Justicia de forma independiente (9).

Ya se ha indicado anteriormente que la estructura de los Tribunales Superiores de Justicia no se encuentra regulada en los Estatutos de Autonomía, ni podían éstos hacerlo; igual sucede con la competencia de estos órganos. El tratamiento de estas cuestiones corresponde a la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo proyecto, actualmente en tramitación, contiene criterios poco satisfactorios; sin embargo, partiendo de las disposiciones estatutarias sobre la competencia de los órganos jurisdiccionales con sede en las Comunidades Autónomas y teniendo en cuenta el enfoque del tema por el Proyecto de la Ley Orgánica citado, es posible adivinar con cierta seguridad las competencias que en definitiva desarrollarán los Tribunales Superiores. Siendo éstos los órganos judiciales superiores en el territorio autónomo y debiendo agotarse dentro del mismo las instancias procesales iniciadas en él es lógico pensar que a estos Tribunales deberán corresponder las competencias judiciales más elevadas de las previstas en los Estatutos de Autonomía como destinadas a ejercitarse dentro de su territorio.

También en estos aspectos cabe señalar una estimable uniformidad entre los Estatutos promulgados que, sistemática y, a veces, literalmente, reiteran los mismos criterios para regular la competencia de los órganos jurisdiccionales en su territorio (10). A este efecto se distinguen las siguientes materias:

Hasta el momento la única Comunidad Autónoma carente de Tribunal Superior de Justicia es La Rioja, cuyo Estatuto lleva fecha de 9 de junio de 1982.

(9) Véase la defectuosa sistemática de los Estatutos del País Vasco, Cataluña, Galicia, Comunidad Valenciana, Aragón y Canarias y del Amejoramiento navarro, que regulan la Administración de Justicia entre los poderes, competencias, facultades u órganos de la Comunidad Autónoma respectiva. Por el contrario, los restantes Estatutos, más correctamente, dotan de un Título separado a esta materia. Incluso en relación con el Tribunal Superior de Justicia, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de señalar que "no es un órgano de la Generalidad, sino del Estado y de su organización judicial (sentencia de 22 de junio de 1982, fundamento número 4).

(10) Artículos 14 del Estatuto Vasco, 20 del Estatuto Catalán, 22 del Gallego, 49 del Estatuto para Andalucía, 37 del Asturiano, 42 del Estatuto de Cantabria, 35 del Estatuto para la Región de Murcia, 40 del de la Comunidad Valenciana, 29 del Aragonés, 24 del Estatuto para Castilla-La Mancha, 25 del de Canarias y 61 del Amejoramiento de Navarra.

1) Materia civil. La existencia de regiones con Derecho foral, distinto del general que rige en toda España, ha sido reconocida y elevada al más alto rango normativo por la Constitución y tiene reflejo inmediato en el tema que estudiamos. En las regiones forales los Tribunales Superiores deberán conocer, especialmente, de los recursos de casación y revisión de las materias o instituciones pertenecientes a su Derecho civil particular. Cuando los litigios versen sobre materias no forales el conocimiento de tales recursos extraordinarios corresponderá al Tribunal Supremo, mientras que los Tribunales Superiores limitarán su actuación a poner término de las instancias procesales correspondientes.

La atribución de competencias casacionales y de revisión a los Tribunales Superiores de Justicia que radiquen en territorios forales surge, así, como una innovación de los Estatutos de Autonomía y en abierta pugna con la regulación constitucional del tema, pues al quedar excluidas las competencias del Tribunal Supremo para conocer de los recursos extraordinarios, existirán materias, las forales, en las que este Tribunal no será el órgano jurisdiccional superior, a no ser que se instrumente algún otro tipo de recurso ulterior. Por otra parte es llamativa la contradicción entre las regulaciones estatutarias y las declaraciones formuladas durante el proceso constituyente por los autores del texto fundamental, en el sentido de rechazar la configuración de los Tribunales Superiores de Justicia como Tribunales de casación (11).

Los Tribunales Superiores que radiquen en regiones no forales deberán poner término a las instancias procesales, es decir, ocuparán una posición equivalente a la actual de las Audiencias Territoriales en los procesos ordinarios, correspondiendo al Tribunal Supremo el conocimiento de los recursos de casación y revisión (12).

También las competencias en materia registral dependen de la condición de la región, foral o de derecho común, pues parece que el Tribunal Superior deberá conocer, en regiones forales de

(11) Se hace aquí una referencia general a la obra de A. PÉREZ GORDO: *El Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas. Perspectivas procesales para el desarrollo de la previsión constitucional*. Barcelona, 1982.

(12) Los Estatutos de Valencia y Murcia establecen, sin embargo, un régimen igual al de las regiones forales en abierta pugna con la Constitución. El primero, porque pretende la resurrección del Derecho foral valenciano desaparecido a principios del siglo XVIII; el segundo persigue dar sustantividad propia al derecho consuetudinario murciano hasta el extremo de alterar el régimen procesal de la casación, lo cual resulta excesivo. En ambos casos los preceptos estatutarios vulneran el artículo 149, p. 1 de la Constitución, concretamente sus apartados 6.º y 8.º. Sobre estos temas véanse: J. DELGADO: *Los Derechos civiles forales en la Constitución*, "Rev. Jca. Cataluña 1979", págs. 643 y sig.; C. LASARTE: *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, Madrid, 1980, y P. ELIZALDE: *Prelación de normas civiles en el sistema de fuentes de las Comunidades Autónomas*, en "La Constitución española y las fuentes...", págs. 727 y ss.

los recursos sobre calificación de documentos relativos a instituciones forales que deban acceder al Registro de la Propiedad. En estos casos ha de entenderse que quedará cerrada la posibilidad de interponer ulterior recurso, sea en vía administrativa o jurisdiccional. En los Estatutos de regiones de derecho común no se hace referencia alguna a la materia registral, por lo cual la regulación de las cuestiones que en ellas se susciten no encuentra más limitaciones que las derivadas del texto constitucional.

2) Materias penal y social. Ambas materias reciben un tratamiento uniforme en todos los Estatutos de Autonomía en cuanto a la competencia de los órganos jurisdiccionales territoriales. Esta se extenderá al conocimiento de todas las instancias v grados, excepto los recursos de casación y revisión.

Queda clara la superioridad, en estos casos, del Tribunal Supremo, único competente para resolver los recursos extraordinarios citados, pero no la posición de los Tribunales Superiores, que podrían carecer de toda competencia en relación con estas materias. Su configuración definitiva corresponde realizarla a la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3) Materia administrativa. Los Estatutos tampoco perfilan con claridad la situación de los Tribunales Superiores dentro de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pero permiten algunos de ellos prever algún aspecto de su futuro régimen. Los Estatutos de Autonomía últimamente promulgados proceden, con absoluto acierto, a hacer una remisión a lo que establezca la futura Ley Orgánica del Poder Judicial. Con ello se facilita la elaboración del régimen uniforme que deberá ser aplicado a todos los Tribunales Superiores, evitando incurrir en el error técnico en anteponer la atribución de competencias a la misma creación de los órganos jurisdiccionales.

Por el contrario, los primeros Estatutos establecen una distinción entre los actos dictados por la Administración autonómica, en materias cuya legislación exclusiva corresponda a la propia Comunidad, y los actos dictados por la Administración del Estado, sobreentendiéndose que se alude, así a los actos emanados de órganos administrativos estatales radicados en territorio autonómico. En cuanto a los primeros actos, los órganos jurisdiccionales radicados en la región conocerán de todas las instancias y grados, por lo que, previsiblemente ante el Tribunal Superior se plantearía la última instancia, sin perjuicio de la admisión de recursos extraordinarios, que no constituyen una instancia procesal. Para los segundos, de los actos indicados, sólo la primera instancia será planteada dentro del territorio autonómico, según los Estatutos.

Esta regulación es claramente defectuosa: Por una parte, infringe el texto constitucional, que dispone el agotamiento de las instancias ante los órganos judiciales radicados en el territorio de la Comunidad Autónoma, incluso cuando se trate de actos de ór-

ganos de la Administración del Estado, dado que la condición «en su caso» del artículo 152 de la Constitución no puede más que aludir a la existencia de varias instancias y no al objeto del conflicto planteado, y, por otra, olvida el supuesto de que la actuación de los órganos autonómicos se refiera a materias en que la Comunidad no ostente competencias de legislación exclusiva o, incluso, desarrolle o ejecute la legislación estatal.

Por consiguiente, a pesar de la disparidad de regulaciones, sólo con la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial quedarán fijadas las competencias contencioso-administrativas de los Tribunales Superiores de Justicia.

4) **Materia procesal.** La reserva a los órganos jurisdiccionales del territorio autonómico de la resolución de las cuestiones de competencia suscitadas entre los propios órganos judiciales radicados en el mismo es uniforme en todos los Estatutos. Parece claro que las funciones resolutorias en esta materia están destinadas a los Tribunales Superiores de Justicia, como corresponde a su posición dentro del ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma.

5) **Restantes materias.** Para concluir, los Estatutos de Autonomía hacen una referencia genérica a las «restantes materias», indicando que, en relación con ellas, se podrá interponer, cuando proceda, ante el Tribunal Supremo, el recurso de casación o el que corresponda según las leyes del Estado y, en su caso, el de revisión.

Esta disposición constituye una transcripción casi literal de un inciso del Estatuto de Cataluña de 1932 (13) que, en el régimen regulado por éste, se encontraba plenamente justificado, pero carece de sentido en los Estatutos de Autonomía. En efecto, previstas las competencias judiciales en materia civil, registral, social, penal, contencioso-administrativa y procesal no se encuentran otras materias judicialmente individualizadas que puedan ser reguladas por el precepto. Una disposición semejante podría tener algún sentido en los primeros Estatutos, para cubrir las lagunas antes indicadas de la regulación de competencias en materia administrativa, o en los Estatutos de regiones con Derecho civil foral, para señalar

(13) El artículo 11 de este Estatuto contenía los siguientes párrafos cuarto y quinto:

“El Tribunal de Casación de Cataluña tendrá jurisdicción propia sobre las materias civiles y administrativas cuya legislación exclusiva esté atribuida a la Generalidad.

Conocerá, además, el Tribunal de Casación de Cataluña de los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho privativo catalán que deban motivar inscripción en los Registros de la Propiedad. Asimismo resolverá los conflictos de competencia y jurisdicción entre las autoridades judiciales de Cataluña. En las demás materias se podrá interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo de la República o el precedente según las leyes del Estado. El Tribunal Supremo de la República resolverá asimismo los conflictos de competencia y de jurisdicción entre los Tribunales de Cataluña y los demás de España.”

el régimen de los conflictos relativos al Derecho civil común, pero no en los restantes en que aparece como una norma sin contenido.

No podría terminarse el estudio de este tema sin aludir a la configuración de los Tribunales Superiores de Justicia en el proyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aunque obvio es señalarlo, su texto será objeto de modificaciones durante la correspondiente tramitación parlamentaria (14).

El Proyecto dedica el Capítulo Tercero del Título Segundo a la organización de dichos Tribunales, sobre la idea fundamental de integrar en ellos las Audiencias Territoriales que radiquen en su territorio, de forma que se componga de las Salas de que conste tal Audiencia y una Sala de Recursos (arts. 72 y 73). En cuanto a las competencias, las Salas de la Audiencia Territorial ejercerán las que les correspondan con carácter general en materia civil y contencioso-administrativa, debiendo tenerse en cuenta que, a su vez, la Audiencia Provincial con sede en la capital del territorio se integra, como Sala de lo Penal en la Audiencia Territorial (artículo 83). Sólo la materia laboral o social queda, así, al margen de la actuación de los Tribunales Superiores de Justicia, según el Proyecto.

La Sala de Recursos se prevé que ejerza sus funciones en materia contencioso-administrativa, conociendo de los recursos contra las decisiones de las Salas correspondientes que se refieran a disposiciones o actos de las Administraciones autonómicas en materias cuya legislación corresponda en exclusiva a la Comunidad, y en materia civil, resolviendo los recursos interpuestos contra resoluciones de las Salas de lo civil en materias forales (art. 74). También se prevé la resolución por el Tribunal Superior, en Pleno o en Sala, de las cuestiones de competencia y la de los recursos en materia registral, aunque, en este último caso, la competencia concreta corresponderá al Presidente del Tribunal y sin ulterior recurso, cuando los títulos inscribibles se refieran al Derecho foral del territorio (arts. 75 y 78).

II.—LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. *La jurisprudencia, en general.*

El término jurisprudencia puede ser utilizado en una pluralidad de sentidos. Etimológicamente, jurisprudencia significa conocimiento del Derecho y este sentido amplio se aplica al término cuando se alude, con él, a cualquier actividad técnica realizada dentro del campo del Derecho. Jurisprudencia se identifica, así, con la ciencia del Derecho, tal como se hace generalmente por los autores alemanes y anglosajones en forma similar a las definiciones de las fuentes romanas. Se considera, así, a la «prudentia

(14) El Proyecto fue publicado en el "Boletín Oficial de las Cortes Generales". Congreso de los Diputados de 16 de abril de 1980.

iuris» como el sentido jurídico, el sentimiento vivo de la justicia intrínseca de las relaciones de la vida social, por lo que se dis-cierne lo justo de lo injusto (15).

Pero este sentido originario ha ido desnaturalizándose, sobre todo en la doctrina jurídica latina, hasta quedar abandonado. La propia caracterización de la ciencia del Derecho como una ciencia práctica ha propiciado que, actualmente, la jurisprudencia se refiera ordinariamente a la esfera de la ejecución y aplicación del Derecho, a un fruto o resultado obtenido de la práctica normal del Derecho. Más aún, siendo los Tribunales de Justicia los órganos del Estado específicamente dedicados a la aplicación del Derecho, el concepto de jurisprudencia ha quedado restringido al conjunto de criterios, de interpretación y decisión, establecidos por los Tribunales de Justicia en sus fallos.

En último término se llamará jurisprudencia, por antonomasia, a las doctrinas del órgano jurisdiccional superior del país, el cual, como ocurre con el Tribunal Supremo en España, controla la legalidad y uniforma las decisiones de los restantes órganos judiciales (16).

En sentido más limitado ha encontrado acomodo en el Derecho positivo español con la nueva redacción dada en 1974 al Título preliminar del Código civil. El artículo 1, apartado 6, del Código, aparte de sus aspectos problemáticos, suficientemente estudiados, permite señalar que sólo se considera jurisprudencia a la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo en sus decisiones. Con ello no hacía sino plasmarse un criterio recogido en todos los trabajos preparatorios de la reforma normativa. De igual modo la Exposición de Motivos de la reforma del Código, cuyos términos ambiguos han sido criticados en ocasiones, expresa claramente su concepción de la jurisprudencia como conjunto de criterios, formulados por el Tribunal Supremo, que no entrañan la elaboración de normas en sentido propio o pleno, pero que contienen desarrollos autorizados de las normas jurídicas.

El camino marcado por la legislación ha sido utilizado posteriormente por la generalidad de los autores que se han ocupado del tema, de modo que, en la actualidad, al hablar de jurisprudencia se quiere aludir siempre a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sus resoluciones (17).

(15) A este sentido se refieren T. VIEHWEG: *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, 1979; véanse también L. Díez-PICAZO: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona, 1975, y *Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en "Rev. Dcho. Privado", 1964, págs. 925 y ss.; F. CLEMENTE DE DIEGO: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Madrid, 1925; E. LALAGUNA: *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Pamplona, 1969.

(16) Véanse las afirmaciones, en este sentido, de M. ALBALADEJO, en *Derecho civil*, I. Introducción y parte general, Barcelona, 1978, pág. 127, y L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, en *Sistema de Derecho civil*, tomo I. Madrid, 1976, pág. 177.

(17) Se hace aquí una referencia general a los siguientes autores:

Teniendo en cuenta el texto legal antes indicado y el constante tratamiento de la propia jurisprudencia, es posible señalar las notas que reúne ésta, es decir, las condiciones que deben cumplir los criterios de interpretación y doctrinas contenidas en los fallos judiciales para ser considerados como jurisprudencia. Tales notas son:

1) Procedencia del Tribunal Supremo. Sólo la doctrina contenida en las resoluciones del Tribunal Supremo es apta para formar jurisprudencia; la emanada de otros organismos podrá tener la autoridad que, por su posición jerárquica o competencia técnico-jurídica, merezcan los mismos, pero no recibe la consideración y eficacia propias de la estricta jurisprudencia. La afirmación es válida no sólo para los criterios procedentes de órganos administrativos (Dirección General de los Registros y del Notariado, Fiscalía General del Estado, Consejo de Estado, Abogacía del Estado), sino también para los reflejados en resoluciones judiciales no dictadas por el Tribunal Supremo (Audiencia y Juzgados) (18).

Por el contrario, dicho Alto Tribunal debe entenderse que sienta jurisprudencia cualquiera que sea el cauce procesal a través del cual dicta sus resoluciones, no sólo cuando decide recursos de casación, aunque éstos sean los procesos destinados naturalmente a formarla. Del mismo modo, cualquiera de las Salas de Tribunal formará jurisprudencia sobre las materias jurídicas de su competencia, sin perjuicio de que su valor pueda diferir, según la rama del Derecho de que se trate.

La posición preeminente del Tribunal Supremo ha sido expresada con toda claridad por nuestro Derecho positivo con ocasión de la reforma, antes mencionada, del Título preliminar del Código civil en 1974 que, por otra parte, supone la consolidación de una

M. BATLLE, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBADALEJO, tomo I, Madrid, 1978, pág. 64; L. DÍEZ-PICAZO, en *Comentarios a las reformas del Código civil*, vol. I, Madrid, 1977, pág. 132; J. L. DE LOS MOZOS: *Derecho civil español*, I, parte general, vol. 1, Salamanca, 1977, pág. 602; C. DE LA VEGA BENEYAS, *Teoría, aplicación y eficacia de las normas en el Código civil*, Madrid, 1976, pág. 83; J. L. LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, I, parte general, Barcelona, 1974, pág. 61; J. PUIG BRUTAN, *Introducción al Derecho civil*, Barcelona, 1980, pág. 243; A. DE LA OLIVA: *La jurisprudencia en el nuevo título preliminar del Código civil*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1975, pág. 437; V. FAIRÉN: *Notas sobre el valor de la Jurisprudencia*, en "Rev. Cr. de Dcho. Inmobiliario", 1975, pág. 797; J. RODRÍGUEZ DEL BARCO: *La jurisprudencia como fuente jurídica en el nuevo título preliminar del Código civil, aprobado por Decreto 1.886/1974, de 31 de mayo*, en "Rev. Dcho. Privado", 1975, pág. 993; M. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: *La jurisprudencia en el Código civil después de la reforma de 1974*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1977, pág. 337, y finalmente la todavía valiosa obra de D. FEDERICO DE CASTRO: *Derecho civil de España*, Parte General, I, Madrid, 1955, pág. 554.

(18) Para la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ocupa un lugar especial, téngase en cuenta lo expuesto en "El Tribunal Constitucional y la jurisprudencia", publicado en la obra colectiva "El Tribunal Constitucional", Madrid 1981, págs. 863 y ss. y en este ANUARIO, XXXIV-II, 1981, págs. 227 y ss.

tendencia clásica, ya reflejada en la disposición adicional tercera del Código civil en 1889.

2) Repetición o reiteración de la doctrina. La jurisprudencia es el medio habitual o reiterado de decidir una cuestión, en consecuencia no es suficiente que el Tribunal Supremo haya utilizado o expuesto un criterio una sola vez, sino que es preciso que se den repetidos, reiterados, constantes e idnéticos fallos o, al menos, más de una sentencia que adopten la misma doctrina. Este requisito, característico del sistema de jurisprudencia constante, propio del Derecho español, obedece a la necesidad de dar estabilidad a la jurisprudencia, pero no parece ser esencial, sino simplemente natural y ordinario, consecuencia de la tradicional confusión entre jurisprudencia y derecho consuetudinario (19).

A pesar de todo, la exigencia de que la doctrina sea reiterada ha venido siendo proclamada sin excepción por el Tribunal Supremo, incorporándose, finalmente al Derecho positivo (el art. 1, p. 6 del Código civil se refiere a la «doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo»).

3) Identidad de casos. Ha de existir identidad o fundamental analogía entre los supuestos de hecho y fuente jurídica aplicada a las resoluciones judiciales, debiendo estudiarse principalmente si los conflictos de intereses suscitados coinciden sustancialmente, es decir, si se trata de solucionar el mismo problema, aunque se encuentre inmerso en contextos diferentes. Sólo cuando se dé esta esencial identidad, podrá entenderse que la doctrina reflejada en la nueva resolución coincide con la aplicada en una resolución anterior y, por tanto, sienta jurisprudencia.

4) Doctrina que constituye el fundamento de la decisión. De los distintos razonamientos jurídicos que se contienen en las resoluciones judiciales sólo pueden constituir jurisprudencia los que son base y fundamento inmediato de la decisión, la razón decisiva del fallo, no los restantes que son meras afirmaciones incidentales, argumentos retóricos o dialécticos y disposiciones hechas a mayor abundamiento. Se puede hablar, así, de una verdadera labor de descubrimiento de lo que puede ser jurisprudencia, que supone el estudio completo de las resoluciones para distinguir la «ratio decidendi» de los «obiter dicta», mediante la comparación entre lo que se decide y los fundamentos alegados para resolver el caso. Resulta lógico entender que los «obiter dicta», al no ser argumentos esenciales del fallo, han sido incorporados a la resolución sin prever totalmente las consecuencias de los términos con que se exponen, por lo que carecen de aptitud para fijar la doctrina jurisprudencial.

(19) Véanse sobre estas cuestiones A. ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR: *El precedente judicial anglosajón y la jurisprudencia española*, en "Revista General de Ley y Jur.", 1948, pág. 508, y M. DE LA PLAZA: *La casación civil*, Madrid, 1944, pág. 200.

5) Valor de la jurisprudencia. Son bien conocidas las discrepancias doctrinales surgidas en relación con este tema que, a pesar de su importancia, pues implica cuestiones de índole constitucional, no fue resuelto por el nuevo Título preliminar del Código civil. Según el artículo 1.º del Código civil la jurisprudencia «complementará el ordenamiento jurídico», pero no se la incluye entre las fuentes del Derecho, y la Exposición de Motivos de la Reforma de 1974 señala, por su parte, que los criterios jurisprudenciales son dignos de adquirir «cierta trascendencia normativa».

Fuente jurídica es sólo el poder de dictar una reglamentación vinculante con carácter general y según el régimen vigente en nuestro Derecho para la organización de los poderes del Estado. Los Tribunales carecen del mismo. A los órganos integrantes del Poder Judicial corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado aplicando la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, pero no crear o producir normas de alcance general. Obviamente cuando se alude al influjo de hecho que la resolución de un pleito pueda tener en resoluciones posteriores de asuntos equivalentes o a la función creadora de Derecho que realizan los Tribunales al aplicar las normas se incurre en el error de confundir aspectos distintos del tema.

Por tanto, ni el Poder Judicial es fuente jurídica en sentido estricto ni la jurisprudencia es un cauce para la producción de normas generales. Pero que los criterios jurisprudenciales carezcan de fuerza vinculante frente a todos no impide reconocer la vinculación de las partes a lo decidido, en cada caso, por el Juez, ni su trascendencia, por mostrar la práctica normal del Derecho, su función ejemplificadora (esto es lo que se ha pretendido al calificarla de fuente normal, indirecta, complementaria o real e institucional).

La peculiar eficacia normativa de la jurisprudencia, aludida por el texto legal antes indicado, le resulta de constituir un cuerpo de doctrina especialmente autorizada por dos circunstancias: Primero, por la altura técnico-jurídica del órgano de que procede; y segundo, por la posición de tal órgano respecto de los restantes Tribunales, que le permite, a través del sistema de recursos decir la última palabra y resolver definitivamente los asuntos.

Una vez consolidada una doctrina jurisprudencial surgen, así, dos presunciones; a que la solución dada al conflicto en cuestión es la más correcta técnicamente y justa y a que los criterios utilizados serán nuevamente aplicados si vuelven a plantearse cuestiones idénticas o equivalentes. El papel de la jurisprudencia es servir de modelo en la función de aplicar las normas, pero sin crearlas, pues su juridicidad proviene no de las mismas sentencias, sino de las verdaderas fuentes del Derecho objetivo (20).

(20) Tienen gran interés y plena vigencia las observaciones, a este respecto, de P. CALAMANDREI, en *La casación civil*, tomo II, Buenos Aires, 1945, pág. 73.

La autoridad moral de la jurisprudencia y su falta de fuerza vinculante es, por otra parte, fundamental para evitar su obsolescencia, al conferirle la elasticidad y capacidad de adaptación a las nuevas ideas y necesidades que son precisas para el logro continuado de las soluciones justas. Se producen así los cambios de orientación, a veces radicales, la evolución o progresión de las doctrinas jurisprudenciales que, si son criticables cuando se exagera la importancia de la seguridad jurídica, muestran su conexión con la función judicial de interpretar y aplicar las normas en contacto con la realidad social, adaptándolas a las circunstancias de cada momento.

2. *El monopolio del Tribunal Supremo en la producción de jurisprudencia.*

Tradicionalmente se ha considerado que todos los órganos jurisdiccionales podían, en el ejercicio de sus funciones, crear o sentar jurisprudencia, y si se distinguía entre la doctrina de los diversos Tribunales era por el mayor prestigio y autoridad de que gozaban los superiores. No ofrece ninguna duda de que esta era la situación real en España durante la Edad Media, manteniéndose con posterioridad, hasta que la Orden de Carlos III a todos los Tribunales del Reino de que «excusen motivar las sentencias» impidió, de hecho hablar de doctrina jurisprudencial.

En el siglo XIX la jurisprudencia se asimila al «usus fori», entendiéndose por tal el modo acostumbrado de juzgar una cuestión en una Audiencia, cuyas sentencias se recogen en las colecciones que algunos autores publican. La creación del Tribunal Supremo no cambia de modo inmediato la situación, aunque pone las bases para que su doctrina empiece a destacarse sobre las de los Tribunales inferiores. Finalmente, con la sucesiva elaboración de las leyes de Enjuiciamiento y la introducción del recurso de casación por infracción de doctrina legal, el Tribunal Supremo ha reclamado para sí el monopolio de formar esta doctrina, excluyendo la emanada de otros órganos judiciales.

El último paso consistía en monopolizar la producción de jurisprudencia y, con antecedentes significativos en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, fue dado por la Reforma del Título preliminar de dicho Código en 1973-1974. Con ello no se hacía sino dar vestidura legal a la situación existente y cerrar un proceso cuyos orígenes se encuentran en la misma creación del Tribunal Supremo. Las razones que imponen la preponderancia en este plano del Tribunal son varias, todas derivadas de la naturaleza y funciones que le asigna el ordenamiento positivo; así se habla del criterio de autoridad, de su elevada jerarquía y de la configuración de recurso de casación como vía para lograr la uni-

ficación de los criterios aplicados a las decisiones judiciales (21).

El estado actual de la cuestión, sobre todo en Derecho español, debe ser expuesto partiendo de la íntima relación entre la jurisprudencia y el recurso de casación, pues la regulación de éste es lo que ha permitido, tanto la monopolización de aquéllas por el Tribunal Supremo como la constante repetición de sus criterios.

Con anterioridad a la introducción en España del recurso de casación se aceptaba generalmente que creaban jurisprudencia todos los órganos judiciales, lo cual era importante a efectos de entender qué era doctrina legal para la interposición del recurso extraordinario de nulidad, pues la jurisprudencia de los Tribunales era uno de los cauces, entre varios, a través de los que se manifestaba la doctrina legal.

Las primeras regulaciones del recurso de casación español permitían evitar la discusión, al prescindir de toda alusión a la doctrina legal, sin embargo, la Real Cédula de 30 de enero de 1855 y la Ley de Enjuiciamiento Civil del mismo año volvieron a la antigua exigencia de que la doctrina estuviera recibida por la jurisprudencia. A ello se unió el designio legalmente expuesto, de que el recurso de nulidad, que debía regular la Ley Procesal sirviese para uniformar la jurisprudencia en todos los tribunales, consultando siempre el orden jerárquico de éstos.

Por fin, el régimen definitivo, el actualmente vigente, de la casación en España va estar dotado de una serie de peculiaridades que le hacen digno de ser calificado como autóctono y nacional pero sin dejar de lado las notas esenciales caracterizadoras de este recurso, por lo menos en su configuración más extendida en el Derecho comparado.

Según los más ortodoxos estudios de la institución, la Corte de Casación es el órgano supremo al que corresponde la última palabra acerca de todas las cuestiones judiciales dudosas, atrae a sí las resoluciones discordantes, las parangona, las selecciona y las unifica, al escoger entre todas la más fundada. Así, colocándose como vértice y centro del ordenamiento judicial, para resolver con su jurisprudencia los desacuerdos de la jurisprudencia inferior, trata de alcanzar la finalidad de la unificación jurisprudencial (22). Por tanto, ante una diversidad de interpretaciones se atribuye condición preferente a la elegida por la Corte de Casación, que se considera, por ese sólo hecho como la única conforme a la

(21) Además de las obras reseñadas en la anterior nota 17, véanse los trabajos de M. COCA PAYERAS: *Sobre el origen y desarrollo del concepto de doctrina legal*, en "Rev Jca. de Cataluña", núm. 3/1980, pág. 51, y *La doctrina legal*, Barcelona, 1980, en que se hace un completo y profundo estudio de los antecedentes históricos del tema que estudiamos.

(22) Nuevamente hemos de remitirnos a P. CALAMANDREI: *obra citada*, páginas 29 y ss. Respecto a la casación española, además de la obra de M. DE LA PLAZA, citada, véanse: F. DE A. CONDOMINES VALLS: *El recurso de casación en materia civil*, Barcelona, 1978, y J. L. VÁZQUEZ SOTELÓ: *La casación civil (revisión crítica)*, fechado en 1976.

ley. De este modo se combinan las dos finalidades perseguidas con el recurso de casación, la defensa del derecho objetivo (nomofilaquia) y la unificación jurisprudencial.

Evidentemente, con este sistema no se pretende crear un monopolio de la Corte de Casación sobre la jurisprudencia, pero es innegable que, a efectos prácticos, la consecuencia es la misma. Las decisiones surgidas en los recursos de casación integran la parte más autorizada de la jurisprudencia, sirven para unificar la doctrina y proceden del órgano jurisdiccional superior en ejercicio de su función controladora de los inferiores, por tanto los criterios en ellas vertidos forman la verdadera jurisprudencia, la única que tiene virtualidad.

El Derecho positivo español ha formulado en épocas distintas esta realidad. Primero fue la disposición adicional tercera del Código civil, de alcance limitado por referirse sólo a las futuras reformas del propio texto; después la nueva redacción del Título preliminar y precisamente el artículo primero, de significado cuasi-constitucional, extensivo a todas las ramas del ordenamiento jurídico, ha hecho que el concepto de jurisprudencia como doctrina del Tribunal Supremo rebase en su aplicación el tradicional ámbito del recurso de casación.

Tema ligado a la evolución de la casación española es el que trata de las relaciones entre la jurisprudencia y la doctrina legal. La confusión creada al respecto ha servido también para fortalecer la posición del Tribunal Supremo monopolizando la creación de una y otra.

El término doctrina legal se utilizó por primera vez en las leyes procesales españolas por el Real Decreto de 4 de noviembre de 1838, que organizó los recursos de nulidad, y desde 1855 se mantiene como nota característica del sistema procesal español. La Real Cédula de 30 de enero de 1855, que dio nueva organización a la Administración de Justicia en las provincias de Ultramar, reguló el recurso de casación, que cabía «por violación de la ley expresa vigente en Indias o de una doctrina legal recibida a falta de ley, por la jurisprudencia de los Tribunales»; parecidos términos se recogen en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. Los autores de la época se centraron en resaltar la separación de la ley y la doctrina legal, sin que, por entonces surgiese discusión alguna en torno a la jurisprudencia, que se limitaba a ser el conducto por medio del cual se manifestaban los principios capitales, los dogmas inconcusos de la ciencia del Derecho, según la feliz expresión de la Exposición de Motivos de la Ley.

No obstante, las imprecisiones en que incurría la Ley Procesal propiciaron que la situación evolucionase en un doble sentido: Primero se identificó doctrina legal con doctrina jurisprudencial, de modo que sólo las doctrinas contenidas en resoluciones judiciales pudiesen utilizarse como fundamento de los recursos de casación; después, el Tribunal Supremo recabó para sí la privativa

función creadora de tales doctrinas, es decir, que la jurisprudencia se refirió exclusivamente a la contenida en sus sentencias y por doctrina legal se entendió la que con repetición y uniformidad sentaba el Tribunal Supremo en sus fallos cuando conociera en recursos de casación. Incluso las Audiencias radicadas en territorios de Derecho foral quedaron privadas, en la práctica, de la posibilidad de crear jurisprudencia sobre cuestiones forales, que estaban incluidas, como todas en el monopolio asumido por el Alto Tribunal.

La nueva situación, calificable por lo menos de extralegal, no quedó exenta de críticas, pero la mayoría de la doctrina contemporánea la aceptó, incluso ensalzándola como conveniente para superar la confusión normativa, complementar la legislación y uniformar la interpretación.

Así llegamos a la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, según la cual el recurso de casación puede fundarse en la infracción de ley o de doctrina legal y ésta se define, «a contrario», como «los principios que merezcan tal concepto y las opiniones de los jurisconsultos a las que la legislación del país de fuerza de ley», expresión, esta última, referida, según común opinión, a las «doctrinas de Doctor» del Derecho catalán. A nivel legal no existe, pues, ninguna confusión, ni siquiera relación, entre la doctrina legal alegable en casación y la jurisprudencia. En este sentido son numerosos los trabajos doctrinales que, sobre todo en la segunda mitad del presente siglo, se ha ocupado de perfilar los respectivos conceptos y destacar los fallos de la doctrina tradicional del Tribunal Supremo. Sin embargo, la confusión persiste y con ella resta inexpugnable el monopolio del Tribunal Supremo como fuente de la doctrina legal. Este criterio constituye, sin duda, doctrina jurisprudencial y fue plasmado incluso en los trabajos preparatorios del texto constitucional ahora vigente (23).

Es preciso aludir también a una circunstancia de índole meramente formal y externa que ha tenido extraordinario influjo en el proceso de apropiación de la jurisprudencia por el Tribunal Supremo. Se trata de la progresiva adquisición por las sentencias del Alto Tribunal de una vestidura normativa que, además de facilitar su conocimiento y fortalecer la autoridad de la doctrina que contienen, supone diferenciarlas claramente de las sentencias de los órganos judiciales inferiores.

Desde la Real Orden de 6 de marzo de 1846 va a disponerse la publicación en la Colección legislativa de España de las decisiones y sentencias motivadas del Tribunal Supremo sobre asuntos de su competencia; idea repetida en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y en la ley de 1878. Paralelamente se produjo también la

(23) El borrador de la vigente Constitución señalaba en su artículo 109: "El Tribunal Supremo... será el órgano jurisdiccional superior al que corresponderá la competencia en materia de casación (y elaboración consiguiente de la doctrina legal)". La cita se hace en relación con los textos publicados en "Documentación Administrativa", núm. 180, pág. 80.

publicación de los fallos del mismo Tribunal en la Gaceta de Madrid; concretamente, a partir de la Real Orden de 27 de mayo de 1845, se insertaron en la «parte oficial» de la Gaceta, ya que, así se lograba revestirlos del «carácter oficial tan propio de sentencias dictadas en último grado y tan preciso para formar reglas de jurisprudencia».

No es otra la situación actual, pues sólo respecto de las sentencias del Tribunal Supremo se dispone legalmente la publicación en la Gaceta de Madrid, aunque a este respecto la norma esté en claro desuso, y en la Colección Legislativa (24). A las razones teóricas se une, de este modo, otra de índole práctica, la facilidad de acceso a la doctrina, para concluir que sólo es verdadera jurisprudencia la emanada del Tribunal Supremo.

Finalmente hay que aludir a una institución procesal que colabora a justificar la posición del Tribunal Supremo en el tema que estudiamos, el recurso en interés de la ley que tiene manifestaciones en nuestro Derecho en las jurisdicciones civil, laboral y contencioso-administrativa.

Los recursos de casación en interés de la ley, admitidos en nuestro Derecho por las leyes de Enjuiciamiento Civil y Procedimiento Laboral, son la primera y más ortodoxa manifestación de la recepción de este tipo de recursos en el Derecho español (25). Al margen de la discusión sobre la naturaleza de esta institución y las muchas críticas que ha suscitado, interesa aquí destacar que, como se expresa directamente por los textos legales, su finalidad única es la de «formar jurisprudencia», de modo que los fallos dictados carecen de efecto directo, en cuanto no pueden alterar «la ejecución ni afectar al derecho de las partes». A pesar de la escasa utilización de esta modalidad de recurso, su sola existencia, unida a la consideración de que sirve a un interés público o colectivo, superior al privado, ha servido para robustecer la posición del Tribunal Supremo frente a los órganos jurisdiccionales inferiores.

La propia ley llega, de este modo, a formular la conexión entre jurisprudencia, recurso de casación y Tribunal Supremo que permite, a través de una sencilla evolución, proclamar el monopolio de este Tribunal a la función de crear jurisprudencia.

No difiere sustancialmente la situación en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque aquí el recurso en interés de la Ley sea denominado de apelación extraordinaria y se arbitre, propiamente, en interés de la Administración, única legi-

(24) Artículo 1.793 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También se publican en forma similar las sentencias del Tribunal Constitucional, véase el artículo 86 de su Ley Orgánica de 3 de octubre de 1979.

(25) Artículos 1.782 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 185 a 187 de la Ley de Procedimiento Laboral, texto refundido de 13 de junio de 1980. Sobre la configuración de estos recursos véanse: J. GUASP: *Derecho Procesal Civil*, tomo 2.º, Madrid, 1968, pág. 904, y F. DE CASTRO: *El recurso en interés de ley y el valor de la jurisprudencia*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1970, pág. 613.

timada para interponerlo. A pesar de estas limitadas diferencias, el recurso coincide por su finalidad con los aludidos anteriormente (26) y ha producido, en su ámbito jurisdiccional, en que es de utilización frecuente, los mismos efectos, es decir, el enaltecimiento de la doctrina del Tribunal Supremo y la monopolización, por éste, de la jurisprudencia.

Los límites a este proceso de asunción de la jurisprudencia por el Tribunal Supremo van a surgir con claridad desde la promulgación de la vigente Constitución española de 1978, que crea o abre la posibilidad de crear nuevos órganos jurisdiccionales que formen jurisprudencia. Los términos estrictos del artículo 1, p. 5 del Código civil van a verse en la necesidad de ser aplicados a órganos no comprendidos en los mismos, por exigirlo así el nuevo sistema que introduce la Constitución. Esto ha sucedido, en primer lugar, con la doctrina emanada de las resoluciones del Tribunal Constitucional que, con arreglo a la Ley fundamental y a la Ley Orgánica del Tribunal, merece ser calificada como jurisprudencia. Incluso, a esta jurisprudencia deberá serle reconocida una especial y superior autoridad, con las consecuencias prácticas que ello acarrea (27).

Además de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional el ordenamiento derivado de la Constitución va a permitir añadir la dictada por los Tribunales Superiores de Justicia a la procedente del Tribunal Supremo; novedad cuyo camino de introducción no es nuevo, pues se construye sobre el recurso de casación, como más adelante se expondrá.

Tampoco son extrañas al proceso legislativo de desarrollo Constitucional las corrientes potenciadas del Tribunal Supremo, reflejadas en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial y, por tanto, sujetas a la oportuna discusión parlamentaria. En este sentido debe entenderse que operaría la creación del recurso de revisión por exceso o por defecto de jurisdicción, regulado en el artículo 47, o del recurso excepcional contra las resoluciones de la Sala de Recursos de los Tribunales Superiores de Justicia, previsto en el artículo 76, por implicar que, en último término, la decisión de los conflictos quedará encomendada al Tribunal Supremo, cuyos criterios prevalecerán sobre los de los órganos inferiores.

(26) Véase el artículo 101 de la ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

(27) Sobre ello traté en mi trabajo *El Tribunal Constitucional y la jurisprudencia*, citado. Pueden verse también los siguientes: *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, de R. BOCANEGRA, Madrid, 1982; *El Tribunal Constitucional y el principio stare decisis*, de L. LÓPEZ GUERRA, y *La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional*, de I. DE OTTO, ambos en la obra colectiva "El Tribunal Constitucional", citada, vol. II y III; F. RUBIO LORENTE: *Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, en "Rev. Esp. de Dcho. Const.", núm. 4, pág. 35, basado en planteamientos distintos.

III.—LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

1. *Admisión de su existencia.*

La posibilidad de una jurisprudencia constituida por las doctrinas vertidas en las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia depende, lógicamente, del sentido que asignemos a aquel término. Parece bastante claro que si entendemos la jurisprudencia en sentido amplio, como ciencia del Derecho, o como cualquier labor realizada dentro del campo del Derecho, tendrá cabida en ella la doctrina emanada de dichos Tribunales. Incluso la utilización de un sentido más restringido, referible sólo a los criterios expresados por los órganos jurisdiccionales al desarrollar su función de aplicar el Derecho, no plantea problemas en su relación con los Tribunales Superiores que, sin ninguna duda son órganos jurisdiccionales ordinarios, integrados en el Poder Judicial.

El tema interesa suscitarlo especialmente en el Derecho español, porque las normas vigentes recogen un significado muy restringido de la jurisprudencia, considerando como tal exclusivamente a la doctrina que de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Debe examinarse, pues, si los términos del artículo 1, p. 6, del Código civil han de entenderse superados por la reforma de la organización judicial, actualmente en vías de realización, de modo que sean aplicables a otros Tribunales distintos del Supremo. El propio Código civil proporciona los materiales suficientes para realizar tal extensión, en cuanto que, por analogía, su concepción de la jurisprudencia será aplicable a la doctrina de los Tribunales que ocupen una posición equivalente a la del Tribunal Supremo en cuyo caso habrá identidad de razón con lo dispuesto en el citado artículo 1, p. 6 (28).

Respecto a los Tribunales Superiores de Justicia ha de afirmarse la aplicación del concepto restringido de jurisprudencia, pues precisamente las mismas razones que fundamentaron la preeminencia de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la procedente de otros inferiores, van a concurrir en su posición, por lo menos en alguno de los ámbitos materiales en que ejercerán su jurisdicción.

En cuanto a la jurisprudencia, la nueva organización judicial resultante de la Constitución de 1978 supondrá, en consecuencia, por un lado, la pérdida de la posición de monopolio que para su elaboración ocupaba el Tribunal Supremo, y, por otro, la realización práctica de un propósito de antiguo perseguido por una parte de la doctrina jurídica, el permitir la formación de jurisprudencia por órganos judiciales radicados en una región.

(28) Artículo 4, p. 1 del mismo Código civil.

En los Tribunales Superiores de Justicia va a residir la competencia para decidir recursos de casación, los cuales, como encaminados, junto a otros fines, a lograr la aplicación uniforme del Derecho por los órganos jurisdiccionales, son el cauce más apropiado para expresar la superioridad jerárquica de los primeros y, en definitiva, el predominio de sus doctrinas. Sobre todo, el sistema casacional español, al admitir el recurso fundado en la infracción de las doctrinas legales, permite el encumbramiento del órgano competente para resolverlo, que tiene en su mano la posibilidad de controlar la sumisión de los órganos inferiores a sus criterios.

Los Tribunales Superiores de Justicia, siguiendo el camino marcado por el Tribunal Supremo, quedan colocados en una posición similar a la de éste, es decir, la de órganos superiores llamados a dictar la decisión última sobre el asunto y a declarar lo que debe recibir la consideración de doctrina legal a efectos del recurso de casación. Incluso en materias jurídicas carentes del recurso de casación, la equivalencia de posición respecto al Tribunal Supremo existirá desde el momento en que los Tribunales Superiores sean competentes para dictar a resolución definitiva, la última sobre el tema no susceptible de recurso en el que pueda decidirse sobre la interpretación y aplicación del derecho material. En cualquier caso la identidad de circunstancias concurrentes para definir la posición de estos Tribunales dentro de la organización del Poder Judicial en España es suficiente para incluir a los Tribunales Superiores en la regulación del artículo 1, p. 6, del Código civil, junto al Tribunal Supremo, expresamente mencionado.

De esta forma los Tribunales Superiores de Justicia, aparecen como órganos productores de jurisprudencia con arreglo al derecho positivo español, incluso teniendo en cuenta el concepto más restringido de la misma.

Una vez decidida esta cuestión es menester determinar cuáles son los requisitos exigibles de las doctrinas emanadas de los Tribunales Superiores para que constituyan jurisprudencia y, también los efectos predicables de ésta.

2. *Requisitos.*

El Tribunal Supremo, la doctrina, sobre todo la civilista, y también el mismo derecho positivo han venido perfilando los requisitos necesarios para que surja la jurisprudencia. Claro es que tales requisitos se han referido normalmente sólo a la doctrina del Tribunal Supremo, pero su traslado a los Tribunales Superiores viene exigido por las razones antes expuestas; algunos de ellos precisarán de un estudio adecuado a la organización y funciones de éstos.

A) **SUBJETIVOS.**

La falta de organización definitiva de los Tribunales Superiores hace imposible resolver el tema con seguridad; sin embargo, partiendo del contenido del Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial en tramitación, puede entenderse que sólo las resoluciones de la Sala de Recursos de los Tribunales Superiores de Justicia podrán sentar jurisprudencia. Ello se debe a que únicamente esta Sala parece llamada a dictar resoluciones definitivas de asuntos jurisdiccionales (vid. art. 74).

Por consiguiente, no surgirá doctrina jurisprudencial del Pleno de estos Tribunales, competente para conocer cuestiones gubernativas internas y cuestiones de competencia, que tradicionalmente han quedado al margen de aquélla (v. arts. 89 y 90, 75 y 79). Y lo mismo ocurrirá con las Salas de que consten las Audiencias Territoriales integradas en los Tribunales Superiores respectivos por encontrarse sometidas sus divisiones al control ulterior de otro órgano jurisdiccional, sea la Sala de Recursos del mismo Tribunal o el Tribunal Supremo.

Requieren una referencia especial las materias registrales, ya que la intervención de los Tribunales de Justicia, al respecto, no tiene una clara naturaleza. Mientras los Estatutos de Autonomía parecen revestir de carácter jurisdiccional a los recursos sobre calificación de títulos inscribibles en el Registro de la Propiedad, el Proyecto de Ley Orgánica antes citado encomiendan su resolución al Presidente de dichos Tribunales y mantienen su encaje en la vía gubernativa o administrativa (vid. art. 78). Evidentemente, de mantenerse este criterio sólo impropiamente cabría hablar de jurisprudencia registral de los Tribunales Superiores, al no encontrarnos en un supuesto de ejercicio de funciones jurisdiccionales.

B) **OBJETIVOS.**

Cualquier resolución adoptada por el órgano adecuado es apta para formar jurisprudencia, siempre que declare lo que es derecho para el caso concreto planteado y no esté sujeta a la revisión de un órgano jurisdiccional superior. Es, así, irrelevante el tipo de decisión judicial; importando, sobre todo, su contenido y eficacia.

En términos generales, tampoco es decisiva la materia jurídica sobre la que incida el Tribunal, es decir, si se trata de materia civil, administrativa, penal, etc., siempre que el órgano decisor actúe cumpliendo sus funciones jurisdiccionales; en relación con cualquiera de ellas puede originar una doctrina jurisprudencial, si concurren los requisitos precisos. Sin embargo, es menester repetir aquí que sólo pueden surtir los efectos pretendidos aquellos criterios del órgano judicial que hayan sido motivo o fundamento

inmediato del fallo («ratio decidendi»), no los razonamientos incidentales, de orden retórico o dialéctico, innecesarios o hechos a mayor abundamiento («obiter dicta»).

Igualmente debe requerirse la existencia de una identidad entre el caso concreto decidido por el Tribunal y aquel en que se plantea la aplicación del criterio jurisprudencial, en términos similares a los exigidos por el Tribunal Supremo para la aplicación de la llamada doctrina legal.

Por último, debe mantenerse rígidamente la necesidad de que la jurisprudencia sólo se forme por resoluciones irrecurribles, decisiones últimas de los asuntos jurídicos, no sujetas a una posible revisión por el derecho aplicable. Precisamente este requisito constituyó el fundamento de la posición tradicional del Tribunal Supremo y debe servir para afirmar la posibilidad de una jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, pues en definitiva, en el Derecho español, es la base práctica en que se asienta la autoridad de la jurisprudencia.

Evidentemente, la irrecurribilidad que debe predicarse de las resoluciones no es extensiva al recurso de revisión, recurso extraordinario, fundado en razones trascendentes al proceso en que se dictó la resolución impugnada y que no entraña un control sobre el derecho aplicado por el Juzgador, sino la comprobación de circunstancias externas que puedan hacer injusto el fallo. No obstante, ha de llamarse la atención respecto de ciertos procesos de impugnación, previstos por el Derecho positivo español, que son calificados como de revisión, pero constituyen, en realidad, modelos acabados de casación. Las resoluciones susceptibles de estos recursos no deben considerarse aptas, como más adelante se expone, para formar jurisprudencia.

Como es obvio, los requisitos examinados no encuentran declaración expresa en el artículo 1, p. 6, del Código civil, pero tampoco son extraños a sus términos.

Por una parte, la reserva del establecimiento de jurisprudencia al Tribunal Supremo es reflejo de la idea según la cual sólo las resoluciones definitivas, finales, no revisables pueden tener ese papel; y, por otra, cualquier materia jurídica tiene cabida en la función de interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, que corresponde a los órganos jurisdiccionales, siendo una pura exigencia lógica que el órgano decisor concreto actúe dentro de los límites de que es su competencia.

C) FORMALES.

Tradicionalmente se ha requerido una cierta estabilidad en los criterios o doctrinas vertidos en las decisiones judiciales para que constituyesen jurisprudencia, manifestada con la reiteración de su utilización. El Tribunal Supremo ha señalado, así, que la doctrina contenida en una sola sentencia no forma jurisprudencia, pues

para ello es necesario que existan dos o más que repitan los mismos criterios.

La repetición no parece, sin embargo, ser un requisito esencial a toda jurisprudencia, sino sólo natural u ordinaria, que aumenta su certeza, facilita el conocimiento y seguridad de su existencia, pero no es imprescindible. Como ha señalado doctrina autorizada el origen de esta exigencia podría encontrarse en la confusión, acarreada en tantos aspectos, de jurisprudencia y derecho consuetudinario.

En Derecho español la reiteración es un requisito que ha encontrado formulación expresa en el artículo 1, p. 6, del Código civil, que, con claridad meridiana, indica que la doctrina debe establecerse «de modo reiterado». Por consiguiente la cuestión, para la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, está resuelta, en el sentido de que, sólo reiterando los criterios de decisión en más de una resolución, podrán formar un cuerpo de doctrina jurisprudencial propia. El paralelismo entre las situaciones de estos Tribunales y el Tribunal Supremo no permite llegar a una solución, para los primeros, distinta a la impuesta por la ley al último.

Anteriormente se hizo referencia a la publicación de las sentencias del Tribunal Supremo como circunstancia determinante, entre otras, de la superioridad de su doctrina sobre la emanada de los restantes órganos judiciales y de la posición de monopolio en la creación de jurisprudencia que asumió el propio Tribunal. La publicación no puede, sin embargo, configurarse como requisito de la jurisprudencia. Es un factor que podrá incidir en su conocimiento y utilización, fortaleciendo además la autoridad de Tribunal que la dicta, al adquirir sus decisiones un cierto revestimiento ejemplar, pero ni es esencial para la jurisprudencia, ni confiere superior valor a la formada mediante resoluciones publicadas.

3. *Valor o eficacia.*

La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia carece de toda particularidad que no sea el órgano productor de la misma; incluso la posibilidad de su existencia y los requisitos los hemos obtenido mediante una extensión de los criterios aplicados tradicionalmente al Tribunal Supremo. Por consiguiente, al plantearse la necesidad de determinar su eficacia, es forzoso trasladar aquí el cúmulo de problemas suscitados por la doctrina jurídica en relación con la jurisprudencia, en general, y, en España, con la procedente del Tribunal Supremo.

El valor de la jurisprudencia es un tema de antiguo encuadrado en la Teoría General del Derecho y estudiado por los civilistas en relación con las fuentes del Derecho y su influencia en las operaciones de interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

La cuestión fue reavivada, en España, por la redacción dada al vigente artículo 1, p. 6, del Código civil que, a pesar de las críticas de que ha sido objeto, debe entenderse que no ha pretendido alterar el valor de que tradicionalmente gozaba la jurisprudencia, sino, precisamente, intentar plasmarlo normativamente (29).

Si se parte de considerar fuente del Derecho sólo el poder de dictar una reglamentación vinculante para todos, es evidente que la jurisprudencia carece de esta condición en el ordenamiento jurídico español. La cuestión llega a adquirir rango constitucional, pues afecta a la misma ordenación de los órganos fundamentales del Estado y a la regulación de sus poderes. En este sentido, la vigente Constitución española de 1978 atribuye la potestad de crear normas jurídicas a las Cortes Generales (potestad legislativa, art. 66, p. 2), al Gobierno (potestad reglamentaria, art. 97) y a los órganos de las Comunidades Autónomas según la distribución estatutaria de sus funciones (potestades legislativa y reglamentaria; arts. 147, 148 y 152). Los órganos del Poder Judicial se limitan a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (exclusivamente, artículo 117), sin estar facultados para dictar normas jurídicas con eficacia general y obligatoria. La Constitución, pues, no ha innovado, a este respecto, el régimen jurídico anterior que se plasmaba en la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870, cuyos principios esenciales han sido recogidos en el actual Proyecto, y según el cual corresponde a los jueces aplicar las normas jurídicas al caso concreto, sin admitirse tampoco que actúen como fuente jurídica para llenar las lagunas de la ley, pues éstas deben colmarse con la aplicación de las fuentes subsidiarias.

La función de los Tribunales al dictar sentencia se reduce a solucionar un conflicto concreto, declarando cuál es la solución justa; nada más. La generalización de los criterios empleados para la resolución es una operación extraña a dicha función, suponiendo una abstracción intelectual de las decisiones singulares, que no corresponde a los órganos jurisdiccionales. En definitiva, la función judicial no consiste en crear normas jurídicas nuevas, sino en aplicar las preexistentes, de modo que su actuación no innova el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que, en la solución del caso concreto, interprete la normativa vigente y la actualice para servir a las nuevas necesidades sociales.

La discusión doctrinal ha servido para precisar los límites del tema, pues aunque los Tribunales apliquen las normas, en su función de declarar el Derecho en contacto con la realidad y los conflictos de intereses adoptan decisiones, que no son nuevas normas, pero adquieren un valor ejemplar.

El citado artículo 1, p. 6, del Código civil pretende expresar cuál es la posición de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico y, por ello, resulta de ineludible aplicación a la emanada de los

(29) Véanse los autores y obras citados en la nota 17.

Tribunales Superiores de Justicia, debiendo tenerse en cuenta que, por su emplazamiento sistemático (en el Título preliminar del Código) y significado, tiene rango cuasi-constitucional. Con arreglo a este precepto, la jurisprudencia, también la de los Tribunales Superiores, complementa el ordenamiento jurídico, surtiendo sus efectos en la interpretación y aplicación de las fuentes. No crea normas, sino que las aplica, manifestando, así, lo que es Derecho, con la autoridad especial que le corresponde por haber dado solución a los casos concretos planteados ante los Tribunales.

El establecimiento en España, al amparo de la vigente Constitución, del llamado Estado de las Autonomías o, más correctamente, organización territorial del Estado en Comunidades Autónomas, dotadas, en los términos que prevea su correspondiente Estatuto, de potestad legislativa, permite plantear aquí un tema nuevo, cual es la posibilidad de que tales Comunidades puedan atribuir a la jurisprudencia de los Tribunales la condición de fuente del Derecho. Que esta cuestión pueda, y deba suscitarse en este momento no se debe a una duda razonable sobre la solución de la misma, sino a la defectuosa redacción del artículo 149, p. 1, núm. 8, de la Constitución, que, al referirse a las fuentes del Derecho no hace más que sumir en la perplejidad al intérprete. En efecto, dicho precepto dispone que el Estado tiene competencia exclusiva, «en todo caso», sobre la «determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas del derecho foral o especial». No obstante, la confusión con que se pronuncia la norma fundamental puede ser aclarada con la aplicación de los Estatutos de Autonomía promulgados. La generalidad de los mismos omiten toda referencia al tema de las fuentes del Derecho que resulta ser, así, una materia extraña a las competencias autonómicas; sólo el Estatuto catalán alude a la determinación de las fuentes, pero para reconocer la competencia estatal en la materia, que deberá ejercitarse respetando las peculiaridades del Derecho civil catalán, que operarán en su ámbito propio (30). Por consiguiente, el precepto constitucional debe entenderse que reserva al Estado, sin excepción, la regulación de las fuentes del Derecho en materias no civiles y en las materias civiles regidas por el Derecho común; sólo en el ámbito de los Derechos civiles forales podrán existir peculiaridades que deban ser respetadas por el Estado. Con ello se está aludiendo, obviamente, a la admisión de la costumbre «contra legem» que caracteriza a algunos regímenes forales.

A pesar de todo, ni siquiera en el ámbito restringido de la materia civil foral sería admisible que la jurisprudencia fuese elevada a la categoría de fuente del Derecho, pues supondría alterar las funciones encomendadas a los distintos poderes del Estado por la

(30) El artículo 26 del Estatuto de Autonomía para Cataluña dispone: «3. En la determinación de las fuentes del Derecho civil se respetarán por el Estado las normas de Derecho civil catalán».

Constitución, además de incidir en materias no accesibles para las Comunidades Autónomas. Por una parte, la regulación de las competencias del Poder Judicial no puede ser atribuida a las Comunidades por sus Estatutos autonómicos, pues, en general la Administración de Justicia y, por ende, el aspecto básico de las funciones a desempeñar por los juzgadores, están reservados de forma exclusiva a la competencia estatal (art. 149, p. 1, núm. 5, de la Constitución); además, como ya se ha expuesto más arriba, la Constitución establece taxativamente cuáles son los poderes públicos con potestad normativa y entre ellos no se encuentra el Poder Judicial, titular de la potestad jurisdiccional.

La atribución de eficacia vinculante general a la jurisprudencia de los Tribunales supondría una flagrante violación de la Constitución, al rebasarse las limitaciones que impone a las funciones que deben aquéllos desempeñar (31).

IV. LA JURISDICCION DEL TRIBUNAL SUPREMO Y SU INCIDENCIA SOBRE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Como ya expusimos anteriormente, uno de los requisitos exigibles de las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia para poder considerarlas aptas a los fines de formar jurisprudencia es su irrecurribilidad, en el sentido de no ser susceptibles de recurso alguno que entrañe la revisión del derecho aplicable y por tanto, la supervisión de la doctrina sentada en sus «considerandos». Ello se debe a que la jurisprudencia, en su sentido más estricto, que es el empleado aquí, es sólo la doctrina en que se fundamenta la resolución definitiva de los asuntos, la última palabra sobre el caso; no la doctrina plasmada en decisiones recurribles, pendientes de la actuación del órgano jurisdiccional superior y caracterizada, por ello, con una cierta provisionalidad o falta de certeza.

La existencia de órganos jurisdiccionales supremos, que dictan resoluciones no recurribles ante otros órganos y ocupan el más alto lugar en la organización judicial del Estado, impone la necesidad de examinar hasta qué punto suponen una limitación del ámbito posible de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores. Dos órganos merecen, a este respecto, una referencia especial: El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. En cualquier caso, el sometimiento de las decisiones de los Tribunales Superiores de Justicia al control de dichos otros Tribunales, mediante la instru-

(31) Según los apartados 3 y 4 del artículo 117 de la Constitución, los Juzgados y Tribunales no pueden ejercer más funciones que las estrictamente integrantes de la potestad jurisdiccional (“juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado”) y las que “expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”.

mentación de un recurso, supondrá la consiguiente exclusión de la materia jurídica de que se trate del contenido de su jurisprudencia. Entonces, la jurisprudencia sobre tal materia será, obviamente, formada por la doctrina del Tribunal competente para resolver el recurso último, para decidir definitivamente la cuestión. No obstante, debe recordarse que el recurso de revisión, por su naturaleza y objeto, no debe ser considerado a los efectos que nos interesan, por lo que la posibilidad de interponer tal recurso contra las resoluciones de los Tribunales Superiores no debe obstar a que la doctrina que expongan sea jurisprudencial, con todas sus consecuencias.

1. *Referencia al Tribunal Constitucional.*

La separación entre la jurisdicción constitucional y la que se ejerce por los órganos integrantes del Poder Judicial resulta, en ocasiones, difícil de precisar, sobre todo en la práctica de los asuntos litigiosos, pero es clara en sus aspectos teóricos. El Tribunal Constitucional tiene su actuación polarizada, en cuanto ahora nos interesa, por los procesos de inconstitucionalidad y de amparo, decidiendo definitivamente y desde una posición suprema las pretensiones objeto de los mismos.

En relación con los procesos de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional ostenta monopolio, en cuanto que es el único órgano del Estado facultado para declarar que una norma con rango de ley es contraria a la Constitución y disponer su expulsión del ordenamiento jurídico. Está claro que las actuaciones judiciales planteando cuestiones de constitucionalidad no contienen una decisión sobre el fondo del asunto y no son aptas para formar jurisprudencia. Por consiguiente, en relación con esta materia, constitucionalidad de las normas legales, sólo el Tribunal Constitucional podrá crear jurisprudencia, con la doctrina en que funde sus resoluciones (32).

La situación no es muy distinta en lo que concierne a los procesos de amparo, pues, aunque en éstos haya de darse siempre una previa decisión del tema por parte de los órganos judiciales ordinarios, corresponderá al Tribunal Constitucional dictar la resolución última. Debe recordarse, además, que precisamente en materia de derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo, este Tribunal se encuentra colocado, expresamente por la Constitución, por encima de todos los restantes órganos jurisdiccionales, incluso del Tribunal Supremo (art. 123).

Resulta, pues, que en las materias concretas atribuidas a la competencia especial del Tribunal Constitucional, corresponde a este órgano, con exclusividad, la función de formar jurisprudencia, de complementar el ordenamiento jurídico con su doctrina. En

(32) Sobre estos temas véase mi trabajo *El Tribunal Constitucional y la jurisprudencia* anteriormente citado y las notas allí indicadas.

consecuencia, dentro de este ámbito particularmente en relación con la constitucionalidad de las leyes y los derechos y libertades que tienen acceso al recurso de amparo, los Tribunales Superiores de Justicia no podrán establecer jurisprudencia, entendida ésta en el sentido estricto que venimos utilizando.

La especial posición que ocupa el Tribunal Constitucional respecto a los órganos jurisdiccionales ordinarios y, sobre todo, la exacta determinación de las pretensiones que pueden formularse en los procesos en que interviene, son aspectos suficientemente trascendentes para llevar a negar toda posibilidad de conflicto de competencias ante el Tribunal y los Tribunales Superiores de Justicia, pero no ocurre lo mismo entre éstos y el Tribunal Supremo, especialmente desde que algunos Estatutos de Autonomía prevén la atribución a tales Tribunales Superiores de funciones hasta ahora exclusivas del Supremo. Por ello, resulta necesario examinar con algún detenimiento el tratamiento constitucional del Tribunal Supremo y las consecuencias que pueda acarrear en relación con las competencias de los Tribunales Superiores y, por fin, con su jurisprudencia.

2. *La jurisdicción del Tribunal Supremo según la Constitución.*

La Constitución declara con especial énfasis que el Tribunal Supremo ocupa una posición excelsa en la organización del Poder Judicial, siendo calificable como órgano superior de todos los Jueces y Tribunales del Estado. Sólo escapa de este régimen el Tribunal Constitucional, que, por otra parte, no se incluye formalmente por el texto fundamental en el Poder Judicial. En este sentido el artículo 123 de la Constitución señala que el Tribunal Supremo ejerce su jurisdicción en toda España y «es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales». Con ello se está reconociendo la condición especial del Tribunal Constitucional y de sus relaciones con los órganos judiciales, sobre todo en materias con acceso al recurso de amparo, pero también se configura la posición del Tribunal Supremo sobre los restantes órganos jurisdiccionales, que se concreta doblemente: En primer lugar, al señalar que su jurisdicción se extiende a todo el territorio del Estado, ninguna parte de éste, incluso aunque esté dotada de la máxima autonomía política posible, con arreglo a la Constitución, puede extraerse a su jurisdicción. Así pues, no es posible la creación de «tribunales Supremos Regionales» que sustituyan en una porción del territorio nacional al Tribunal Supremo.

En segundo lugar, indicando que tiene la naturaleza de órgano jurisdiccional superior, colocado por encima de todos los demás, respecto de los que ejerce una función reguladora y verificadora,

que se instrumenta mediante el sistema de recursos de los que conoce (33).

Para completar de perfilar este régimen, la Constitución vuelve a referirse al Tribunal Supremo en su artículo 152, al prever la creación de Tribunales Superiores de Justicia en las Comunidades Autónomas y las competencias de los órganos judiciales radicados en el territorio de éstas. Respecto de ambos temas el texto constitucional viene a indicar que la posición del Tribunal Supremo y sus competencias no se verán afectadas por las modificaciones en la organización de la Administración de Justicia que con consecuencia de la estructuración del Estado en Comunidades Autónomas.

Según la Constitución, los Tribunales Superiores de Justicia se crean «sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo», la cual, lo hemos expuesto anteriormente, es de ámbito estatal y superior a todas. Igualmente, las instancias procesales se agotarán ante órganos radicados en el ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma, pero sin perjuicio de la jurisdicción del Tribunal Supremo, que se ejerce, en forma característica, a través de recursos extraordinarios, que están fuera de dichas instancias. Se trata, en definitiva, de afirmar la superioridad del Tribunal Supremo respecto a los Tribunales Superiores de Justicia, cuya actuación podrá controlar mediante la resolución de los recursos interpuestos contra sus resoluciones, las cuales no serán susceptibles de apelación pero sí de otros recursos no calificables como nueva instancia procesal.

Especialmente significativos son, a estos efectos, los debates producidos sobre estos temas durante la tramitación parlamentaria de la Constitución (especialmente en el seno de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados), en los que se aclaró que la creación de los Tribunales de Justicia no afectaba a la competencia del Tribunal Supremo para conocer de los recursos de casación, como hasta ahora. Se tuvo presente, en el proceso constituyente, la decepcionante experiencia del Tribunal de Casación de Cataluña, manifestándose el designio de evitar su repetición para lo cual fue adoptada la medida de que los Tribunales Superiores no tuvieran competencias casacionales, que es lo implícito en los párrafos del artículo 152 a que hacemos referencia (34).

Las consecuencias del sistema constitucional expuesto son evi-

(33) Véase el comentario de J. M. SERRANO ALBERCA al artículo citado en "Comentarios a la Constitución", dirigidos por F. GARRIDO FALLA cit., pág. 1285.

(34) Los debates se transcriben en sus partes más interesantes por A. PÉREZ GORDO en *El Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas*, cit., págs. 22 y ss.; véase también A. CARRETERO PÉREZ: *El Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de las Comunidades Autónomas*, en "El Tribunal Constitucional", cit., vol. I, pág. 623.

dentes; el Tribunal Supremo se configura como órgano jurisdiccional superior a los Tribunales Superiores de Justicia, cuyas resoluciones serán recurribles ante el primero mediante la utilización de recursos extraordinarios, no constitutivos de una nueva instancia procesal. En definitiva, la jurisprudencia debería continuar siendo monopolio del Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores sólo producirían una especie de «jurisprudencia menor», idéntica a la predicada hoy de las Audiencias Territoriales.

Otros preceptos constitucionales prestan apoyo al sistema expuesto y a las conclusiones señaladas. Primeramente, la unidad jurisprudencial es correlato de la unidad del ordenamiento jurídico, indispensable para afirmar la unidad del Estado español, y ese ordenamiento unitario, es algo más que un mero agregado normativo, recibe proclamación en varios lugares de la Constitución (35).

Por otra parte, atribuir a un solo órgano jurisdiccional, precisamente al de más alta jerarquía, la función de crear jurisprudencia es necesario para asegurar la uniforme aplicación del Derecho, dirigiendo la interpretación judicial y evitando los problemas que entrañaría la multiplicidad de jurisprudencias. Dos principios constitucionales, los de igualdad y seguridad jurídica (arts. 9, p. 2, y 3 y 14), exigen la utilización de todos los medios posibles para evitar las injusticias resultantes de la disparidad de interpretaciones de las mismas normas, y entre ellos la unidad jurisprudencial. En el fondo de la cuestión se encuentran razones lógicas, pues no es admisible que el Derecho reconozca eficacia a criterios judiciales simultáneos y contradictorios. Precisamente el propósito de resolver tales situaciones es lo que condujo en Europa a la creación de Tribunales Supremos y a la institución de la casación (36).

Por tanto, parece no haber ningún rescicio en la Constitución que permita dar entrada a una posible jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, que se configuran como subordinados al Tribunal Supremo; sin embargo, los Estatutos de Autonomía les encomiendan, como se ha expuesto más arriba, competencias que vienen siendo exclusivas del Supremo. Así, pues, es preciso plantear el régimen configurado para cada una de las materias judiciales y la posibilidad de instrumentar un control final que manifieste la superior jurisdicción del Tribunal Supremo.

(35) Véanse los artículos 1 (unidad del Estado y de la soberanía nacional), 2 (unidad de la nación española) y 9 (unidad de ordenamiento y sus principios generales). Interesan también las indicaciones de L. DÍEZ-PICAZO, en *Constitución y fuentes de Derecho*, "La Constitución española y las fuentes...", cit., vol. I, pág. 653 y del Informe de la Comisión de Expertos, cit., pág. 97.

(36) Así lo expresan M. DE LA PLAZA, cit., pág. 22 y P. CALAMANDREI, cit., tomo I, vol. II, pág. 66 y ss. y tomo II, pág. 22.

3. *Procedimientos para el ejercicio de la superior jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo.*

Para la instrumentación de la superioridad de la jurisdicción del Tribunal Supremo sobre todos los restantes órganos jurisdiccionales y especialmente sobre los radicados en el territorio de Comunidades Autónomas, incluidos los Tribunales Superiores, la Constitución no ofrece ningún medio concreto, sino que sólo proporciona una regla negativa: El procedimiento utilizable no puede consistir en el establecimiento de una instancia procesal en la cual el Tribunal Supremo sea el órgano decisor. Ello se debe a que las sucesivas instancias deberán agotarse ante órganos radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma, no ante órganos radicados fuera, como el Tribunal Supremo.

Por consiguiente, el procedimiento que materialice la superioridad de este Tribunal habrá de ser un recurso, porque a través de los procesos de impugnación es como se traduce exclusivamente la posición superior de un órgano jurisdiccional, y además calificable como fuera de la instancia. Esta caracterización del recurso, impuesta por la Constitución, no resulta afortunada, pero, teniendo en cuenta los criterios más utilizados por la doctrina procesalista permite identificar los recursos fuera de la instancia con los extraordinarios y excepcionales. Así comprenderían las impugnaciones ante el órgano más elevado del orden judicial, fundadas en la concurrencia de motivos determinados y que dan lugar a un examen limitado de la cuestión litigiosa, con la finalidad especial de controlar la legalidad de la actuación de los Tribunales inferiores (37).

No pertenece a dichas categorías de recursos el de apelación o recurso de segunda instancia, carente de las limitaciones señaladas, que, por su naturaleza, habrá, en el futuro de ser competencia de órganos judiciales radicados en el territorio autonómico correspondiente, previsiblemente de los Tribunales Superiores de Justicia.

De los recursos admisibles en el vigente Derecho español, reúnen las condiciones precisas para atribuir su conocimiento al Tribunal Supremo, incluso cuando se dirijan a impugnar resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia los de casación y revisión, especialmente, además de los creados sobre el modelo del primero. A los efectos que aquí interesan, estudio de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores, carece de relevancia el régimen del recurso de revisión, ya que, por fundarse en motivos trascendentes al proceso en que se dictó la resolución impugnada,

(37) Se caracterizan de este modo tales recursos por la doctrina procesalista más autorizada, como J. GUASP: *Derecho Procesal Civil*, cit. tomo II, pág. 803 y sig., y L. PRIETO CASTRO: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo 2, Pamplona, 1982, págs. 444 y ss.

no entraña un control de la interpretación y aplicación de las normas hechas por los órganos judiciales inferiores. Importa especialmente, sin embargo, señalar las diversas posibilidades de configurar un recurso supremo a través del cual se revise el Derecho aplicado y se manifieste la condición del Tribunal Supremo.

El instituto de la casación aparece como especialmente adecuado para alcanzar los fines pretendidos, aplicando estrictamente todas las previsiones constitucionales; no en balde surgió como medio para impulsar la uniformidad en la interpretación de las normas jurídicas y cuidar de que se aplicasen correctamente. Esto no supone defender la persistencia y hasta la extensión de la casación tal como está configurada y opera actualmente en el Derecho español, sino de la institución en sí, junto con ciertas correcciones precisas para que cumpla adecuadamente sus fines. El recurso de casación mantiene plena virtualidad si se potencia su función uniformadora, que encuentra total justificación en los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica; basta, para advertirlo, tener en cuenta la plena actualidad de las observaciones formuladas a este respecto por la doctrina del siglo pasado (38). Otra cosa sucede con la función nomofiláctica, que responde a presupuestos desaparecidos y es la responsable de los defectos de que adolece la casación actual y que han limitado su funcionalidad.

Así, pues, el recurso de casación, como proceso de impugnación ante el Tribunal Supremo de las resoluciones dictadas por los órganos judiciales inferiores, fundada en razones inmanentes al proceso en que se dictaron e instituido con la finalidad de uniformar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, sería el cauce más apropiado para materializar la superioridad de la jurisdicción que la Constitución atribuye a aquel Tribunal.

El Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial dedica su artículo 76 a regular los recursos admisibles contra las resoluciones de la Sala de Recursos de los Tribunales Superiores de Justicia, dando acogida a un «recurso excepcional» ante la Sala del Tribunal Supremo que corresponda. Dos son los motivos determinantes de la admisión de este recurso, que no recibe en el Proyecto nin-

(38) Ya ORTIZ DE ZÚÑIGA señalaba la aspiración de conseguir un mismo entendimiento y unos mismos criterios en la aplicación de las leyes, completando así la unidad jurídica del país (Práctica General Forense, Madrid, 1870). Caravantes afirmaba que la casación va a evitar que puedan ofrecer divergencias y contradicciones los fallos de los diversos Tribunales sobre una misma cuestión, según la diversidad de lugares, tiempos y circunstancias, falseando así el principio de la uniformidad de la jurisprudencia ("Tratado histórico, crítico filosófico...", Madrid, 1856-1858) y GÓMEZ DE LA SERNA cita el Discurso del Ministro de Justicia presentando el proyecto de ley sobre recursos de casación en 15 de diciembre de 1869, en el que expresaba que el objeto principal del recurso era que las leyes se apliquen bien y uniformemente; que la justicia sea igual para todos; que no se desnaturalicen por las erradas interpretaciones (Motivos de las variaciones principales...", Madrid, 1857). Véase la cita completa de los textos en J. L. VÁZQUEZ SOTELO: *La casación civil*, cit., pág. 22.

guna denominación tradicional; tales son el exceso de jurisdicción y la contradicción de la sentencia impugnada con otra u otras del Tribunal Supremo que llegasen a pronunciamientos distintos (39).

Este recurso debería tramitarse, según el Proyecto, con arreglo a las normas del recurso de revisión, sin embargo, es evidente su naturaleza casacional y no carece de antecedentes en el Derecho positivo español.

En cuanto al primer motivo del recurso, el exceso de jurisdicción constituye un vicio de las resoluciones judiciales cuyo cauce de depuración propio es el recurso de casación y así se configura por la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1.692, núm. 6), aunque no por la Ley de Procedimiento Laboral, por entenderse, sin duda, innecesario dada la especialidad de las materias laborales.

El segundo motivo tiene su precedente inmediato en el artículo 102 letra b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, redactado por la ley 10/1973, de 17 de marzo y también es propiamente de casación. Como señaló la doctrina en relación con dicho precedente, el fundamento de esta modalidad de recurso es fomentar la unidad jurisprudencial, lograr la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley, uniformando la aplicación de las normas jurídicas. Es decir, que su finalidad coincide con la de la casación, debiendo considerarse como tal, a pesar de la remisión al procedimiento de revisión, que, por cierto, ha acarreado singulares problemas en el ámbito contencioso-administrativo (40).

A pesar de la defectuosa regulación del «recurso excepcional», la tramitación parlamentaria del Proyecto no ha procedido, por ahora, a su corrección, sino que ha sido suprimido por la Ponencia, sin tener en cuenta su encaje en el sistema constitucional.

Otra posibilidad de realizar la superioridad jurisdiccional del Tribunal Supremo consistiría en remitirle la resolución de recursos en interés de la ley, a través de los cuales controlaría la aplicación del Derecho hecha por los órganos inferiores, pero sin afectar a la situación jurídico-material resuelta. Instituir un recurso semejante no supondría, sin embargo, más que traer a colación una modalidad de casación y, además, muy criticada por las situaciones injustas que origina.

En cualquier caso, el establecimiento de los procesos impugna-

(39) Durante la fase de ponencia de la tramitación del Proyecto se ha suprimido este recurso excepcional que, ciertamente, adolecía de graves defectos, pero no ha sido creado ningún otro mecanismo que alcance sus fines.

(40) Véanse J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1978, pág. 1176 y antes en *Derecho Procesal Administrativo*, tomo III, Madrid, 1967, pág. 414; L. MOSQUERA y A. CARRETERO: *Comentarios a la reforma de lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1974, pág. 310; M.^a DEL C. CALVO SÁNCHEZ: *La revisión en el ordenamiento contencioso-administrativo*, en "Rev. Dcho. Proc. Iber.", número 2/1979, pág. 258.

torios señalados contra las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia deberá ser confrontado con las disposiciones de los Estatutos de Autonomía relativas al desarrollo de la Administración de Justicia en los territorios autonómicos, que pueden limitar o condicionar la creación de los recursos. No ha de olvidarse que los Estatutos de Autonomía son normas sujetas a un procedimiento especial de modificación y aunque algunas de sus disposiciones se consideren contrarias o, por lo menos, desviadas del régimen constitucional, deberán ser respetadas por el Estado al regular las materias conexas, si no se declara su inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional. Por ello procede examinar, en relación con cada una de las materias judiciales, la viabilidad de los indicados recursos, que se reducen en definitiva a la casación ante el Tribunal Supremo, a la luz de los preceptos estatutarios.

A) *Materia civil.*—Como vimos en su momento, los Estatutos de Autonomía de regiones forales establecen que la competencia de los órganos jurisdiccionales radicados en su territorio llegará hasta el conocimiento de los recursos de casación y revisión en materias del Derecho foral propio. También se establece que conocerán de los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho foral correspondiente que deban tener acceso al Registro de la Propiedad.

No cabe duda de que, dentro del ámbito regional, estos recursos deberán ser competencia del Tribunal Superior de Justicia, pues se trata de procesos que deben ser resueltos por el órgano judicial de más alta jerarquía que radique en el territorio. La atribución de competencia así diseñada tiene importantes consecuencias. En primer lugar el Tribunal Supremo ve recortadas sus funciones, pues, en el futuro, no podrá conocer de las materias encomendadas en exclusiva a los Tribunales Superiores e integrantes de los regímenes forales. Así el Tribunal Supremo parece perder, en parte, su caracterización constitucional de órgano jurisdiccional superior, al existir materias exentas de su actuación.

En segundo lugar se asegura la particularidad o territorialidad de los Derechos forales, que no sólo van a elaborarse por órganos de las Comunidades Autónomas y a aplicarse en su territorio, sino que se aplicarán solamente por los Tribunales radicados en él.

Las dos consecuencias indicadas responden a viejas pretensiones foralistas planteadas ya en el siglo XIX, pero debe advertirse que han logrado su formulación legislativa con vulneración de la Constitución y contra los criterios expuestos repetidamente durante la tramitación de la ley fundamental por sus autores, incluso los representantes de territorios forales.

Al lado del fundamental alegato de inconstitucionalidad del sistema estatutario, pueden oponérsele otras críticas. En una perspectiva teórica la existencia de más de un Tribunal de casación en el mismo Estado contradice la misma esencia del instituto de la

casación. El recurso de casación tiene sentido solamente en cuanto se pueda considerar como un instrumento indicador de las dudas jurídicas a una autoridad central que sea capaz de resolverlas de un modo uniforme, para mantener la unidad del ordenamiento jurídico a través de la uniforme interpretación jurisprudencial.

Desde un punto de vista práctico, la posibilidad de que se produzcan litigios relativos única y exclusivamente a cuestiones de Derecho foral es poco imaginable. Normalmente en los pleitos se suscitarán multitud de problemas y muchos de ellos afectarán a materias de Derecho común o a materias compartidas, que serán la mayoría dada la supletoriedad del Derecho estatal. El descubrimiento de un sistema para resolver todas las cuestiones y, al tiempo, respetar la competencia de los órganos del territorio, con exclusión del Tribunal Supremo, parece imposible. Por tanto, en estos casos, no cabrá otra solución que encomendar la decisión de todos los temas al órgano jurisdiccional superior, es decir, al Tribunal Supremo, ya que de otro modo se dividirá la continenencia de la causa (41).

De acuerdo con los criterios anteriores, pueden ya determinarse los límites de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, que sólo se producirá cuando decidan cuestiones relativas a materias del Derecho foral del territorio y siempre que el pleito no afecte a materias extrañas a éste. En estos supuestos corresponderá a los Tribunales Superiores dictar la resolución definitiva, no susceptible siquiera de un recurso excepcional como el previsto en el Proyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

No ofrece dificultad la situación en el ámbito civil de los Tribunales Superiores que radiquen en territorio de Derecho común o los radicados en regiones forales cuando resuelvan cuestiones sobre materias del mismo Derecho común, pues contra sus fallos podrán interponerse los recursos que permitan las leyes del Estado, especialmente el de casación ante el Tribunal Supremo (42). En estos casos obviamente el Tribunal Supremo, último decisor, será el que propiamente establezca los criterios jurisprudenciales al respecto.

Es, en cierta forma, perturbadora la referencia de los Estatutos de Autonomía a la materia registral como campo atribuido a la

(41) Coinciden en esta solución J. SANTOS BRIZ: *El Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior. Valor de la jurisprudencia*, cit., página 644 y L. PRIETO-CASTRO: *Tratado...*, cit., pág. 465.

(42) La especialidad está representada por el Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia, que en su artículo 35, p. 1, reserva a los órganos jurisdiccionales en la Región de la competencia para resolver los recursos de casación y revisión en las materias de Derecho consuetudinario murciano. Esta modificación del régimen general parece exceder de las previsiones constitucionales, que sólo autorizan una alteración semejante cuando lo exijan las peculiaridades del Derecho sustantivo, circunstancia que no se produce en grado suficiente en Murcia (vid. art. 149, p. 1, número 6 de la Constitución).

competencia de los órganos judiciales, pues, estrictamente, el llamado recurso gubernativo contra la calificación del Registrador de la Propiedad tiene naturaleza administrativa y no jurisdiccional, incluso cuando corresponde su resolución al Presidente de la Audiencia. Sin embargo, no parece que los preceptos estatutarios impongan tan fundamental alteración del sistema vigente, sino sólo excluir la intervención de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con las materias jurídicas forales (43).

La regulación merece críticas semejantes a las expuestas antes para el régimen procesal, pues si, por un lado, se cierra el camino a la doctrina de la Dirección General, normalmente progresiva y de gran altura técnica, por otro resulta prácticamente imposible que los documentos inscribibles se refieran sólo a materias de Derecho foral.

Tampoco en materia registral podrá hablarse con propiedad de una jurisprudencia de los Tribunales Superiores, pues el conocimiento de estas cuestiones por dichos órganos o algunos de sus miembros no se produce en ejercicio de la función jurisdiccional, sino de funciones administrativas.

B) *Materias penales y laborales.*—En las materias de que concen las jurisdicciones penal y social los Estatutos de Autonomía contienen una regulación uniforme; la competencia de los órganos jurisdiccionales radicados en el territorio regional no se extiende a los recursos de casación y revisión, pero sí a todas las instancias y grados. Esto supone que, incluso si los Tribunales Superiores ejercen en el futuro competencias sobre estas materias, su decisión quedaría sometida al posible recurso de casación ante el Tribunal Supremo y no podrían establecer propiamente jurisprudencia en tales ámbitos.

La rápida resolución de las cuestiones que aquí interesan permite pasar por alto temas conexos, como la eficacia de la jurisprudencia en el Derecho penal y la incidencia de la Constitución en la organización de la jurisdicción social, especialmente sobre la actual instancia única ante las Magistraturas de Trabajo y el mantenimiento del recurso de suplicación (44).

En cualquier caso la unidad jurisprudencial en estas materias y la posición superior del Tribunal Supremo se encuentran aseguradas, no siendo ajeno a este régimen la tajante reserva al Estado

(43) Es la tesis de J. GONZÁLEZ PÉREZ expuesta en *El recurso gubernativo contra la calificación del registrador de la propiedad*, "Rev. Cr. Dcho. Inmb. 1976", pág. 1029 y ss. El Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial dedica al tema su artículo 78.

(44) Tratados por RODRÍGUEZ SANTOS, AVILA y CEBRIÁN, en *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, tomo II, Valladolid, 1982, página 286 y ss.; M. ALONSO OLEA: *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo, según la Constitución*, Madrid, 1982, pág. 153, y L. PRIETO-CASTRO: *Tratado...*, cit., pág. 533 y ss.

de las legislaciones penal y social (art. 149, p. 1, núms. 6 y 7 de la Constitución).

C) *Materia administrativa*.—La regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa de conformidad con los criterios establecidos en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía es de indudable urgencia, pero resulta especialmente difícil, por la confusión y hasta contradicción que puede advertirse en tales criterios.

Una serie de Estatutos de Autonomía, al realizar una correcta remisión del tema a lo que establezca la Ley Orgánica del Poder Judicial o la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa no prejuzgan el tema ni imponen pautas forzosas al futuro legislador. Sin embargo, otros Estatutos pretenden fijar de antemano el alcance de las competencias en la materia de los Tribunales que radiquen en su región. El problema fundamental es que las formulaciones de los Estatutos no son claras ni completas y que las indicaciones de la Constitución sobre el tema son desafortunadas.

A pesar de todo, es posible descubrir los parámetros contenidos en la norma fundamental y en las estatutarias, que deberán ser respetadas al regularse definitivamente la materia. Pueden señalarse, de este modo:

1.º Las instancias procesales deberán agotarse ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia y, «a fortiori», si la instancia es única, deberán ser competentes para conocer de ella los órganos radicados en el territorio autonómico correspondiente. Este principio, formulado por la Constitución en su artículo 152 (p. 1, párrafo 3.º) planteó, en un primer momento, algunas dificultades, por entenderse limitado a las Comunidades Autónomas que accediesen a tal condición mediante el procedimiento regulado en el artículo 151 de la Ley fundamental. Sin embargo, generalizada la división del territorio nacional en Comunidades Autónomas y la creación de Tribunales Superiores de Justicia, no ofrece duda la aplicación también general de las determinaciones del citado artículo 152.

2.º En todo caso queda a salvo la superior jurisdicción del Tribunal Supremo que, también en el orden contencioso-administrativo, debe ser dotada de cauces por los que manifestarse. Obviamente la operatividad de esta jurisdicción suprema no podrá lograrse con el establecimiento de una instancia procesal, por vedarlo la Constitución.

3.º Con relación a materias en que corresponda a la Comunidad Autónoma respectiva la legislación exclusiva, los órganos jurisdiccionales radicados en su territorio deberán conocer de todas las instancias o grados procesales utilizables para impugnar los actos o normas reglamentarias de la Administración Autónoma.

Es esta una precisión repetida en varios Estatutos de Autonomía, pero claramente superflua, pues la Constitución formula con mayor claridad y amplitud la misma norma (arts. 152 y 153), y es, además contraproducente, ya que interpretada «a contrario» lleva a conclusiones opuestas a la Constitución.

4.º Las impugnaciones de los actos dictados por órganos de la Administración del Estado que tengan su sede en el territorio autónomo deberán resolverse en primera instancia por órganos jurisdiccionales que radiquen en el mismo.

Como la regla anterior, ésta de los Estatutos da lugar a confusiones innecesarias y propicia interpretaciones contrarias a la Constitución.

5.º Finalmente, en relación con las materias que no sean de la competencia legislativa exclusiva de las Comunidades Autónomas, parece que los actos administrativos y disposiciones reglamentarias de éstas deben poder llegar a ser enjuiciados por el Tribunal Supremo, a través de los recursos de casación y revisión o el que proceda según la legislación estatal.

En el marco delimitado por estas reglas y siempre respetando su contenido, corresponderá a las futuras Leyes Orgánicas del Poder Judicial y de reforma de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa precisar el nuevo régimen del proceso administrativo. En este sentido, aunque son varias las opciones organizadas que caben, dentro del respeto a la Constitución y a los preceptos estatutarios, parece indudable la necesidad de acometer una reforma en profundidad de la jurisdicción contencioso-administrativa superando por fin la política de retoques, plasmada en la Ley de 17 de marzo de 1973 y en el Real Decreto Ley de 4 de enero de 1977 creador de la Audiencia Nacional, que no han producido los resultados pretendidos. Para esta labor no puede olvidarse el ejemplo italiano, iniciado por la Ley de 6 de diciembre de 1971, donde la competencia ordinaria de primer grado para el conocimiento de los asuntos se encomendó a los Tribunales Administrativos Regionales (45).

Indicábamos anteriormente que las opciones organizativas eran múltiples y obviamente la decisión entre ellas dependerá de una pluralidad de factores, de los que sólo una pequeña parte son técnico-jurídicos. Sin embargo, no debe dudarse de que la posición del Tribunal Supremo y sobre todo sus funciones dentro de esta jurisdicción han de experimentar un cambio radical. En efecto, la primera consecuencia de las reglas constitucionales examinadas es que a este Tribunal no podrán llegar las instancias procesales;

(45) Véanse las observaciones de S. MARTÍNEZ VARES, en *El poder judicial en las Comunidades Autónomas*, "Rev. de Est. Regionales", vol. II, 1980, pág. 162, y L. MARTÍN REBOLLO: *La justicia administrativa...*, cit., pág. 534, con cita de doctrina italiana; además, M. NIGRO: *La reforma del proceso administrativo*. Milano, 1980.

el Tribunal Supremo deberá ejercer su jurisdicción superior precisamente a través de procesos de impugnación extraordinarios, fuera de la instancia. Este criterio, sólo expresado en la Constitución al tratar de las Comunidades Autónomas, es decir, en relación con el control jurisdiccional de las Administraciones Públicas territoriales y de la Administración periférica del Estado, no parece inoportuno extenderlo a la Administración Central, respecto a la cual el papel de Tribunal de instancia debería ser desempeñado, en todos los supuestos, por la Audiencia Nacional. Con ello se conseguiría reajustar el paralelismo de los ámbitos territoriales de los órganos administrativos y los órganos judiciales que controlan su actividad y, sobre todo, potenciar la autoridad del Tribunal Supremo cuya jurisprudencia quedaría robustecida.

Desafortunadamente el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial se informa en criterios contrarios a los aquí expuestos, manteniendo la actual y, a nuestro juicio, inconstitucional configuración del Tribunal Supremo, al que continúa encomendándose la única instancia de los recursos contra actos y disposiciones del Consejo de Ministros y del Consejo General del Poder Judicial, además de los recursos de apelación contra las resoluciones de las Audiencias (art. 57)

A nuestro juicio, el sistema más correcto jurídicamente para la nueva organización de la jurisdicción contencioso-administrativa consiste, entre otras medidas, en el establecimiento del recurso de casación ante el Tribunal Supremo, del cual serían susceptibles las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional. Sólo limitaciones cuantitativas deberían restringir el acceso a este recurso extraordinario, además, claro está, de la esencial tipificación de los motivos, pues todas las materias administrativas están sujetas a la superior jurisdicción del Tribunal Supremo. Con ello se alcanzaría la deseada uniformidad de la jurisprudencia y se evitarían los problemas, que de otro modo surgirían inevitablemente, a consecuencia de la aplicación por los Tribunales Superiores de Justicia del Derecho estatal, incluso cuando la cuestión de fondo sea competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma respectiva.

La introducción de la casación en el Derecho procesal administrativo no debe suscitar problemas especiales; sobre todo si se tiene en cuenta que realmente no es una novedad, sino la recepción formal de una institución, en parte, propia.

En efecto, la vigente Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa recoge dos figuras de recurso que constituyen modalidades de casación, aunque no se califiquen formalmente así. La llamada apelación extraordinaria, del artículo 101 de la Ley, sólo utilizable por la Abogacía del Estado cuando estime gravemente dañosas y erróneas las sentencias de las Audiencias, es equivalente al recurso de casación en interés de la Ley, conocido en otras ramas de nuestro Derecho, y se instituye, como éste, en aras de fijar la inter-

pretación jurisprudencial correcta. Por otra parte, el artículo 102 de la misma Ley regula el recurso de revisión, acumulando motivos estrictos de revisión con otros que tienen naturaleza casacional (los recogidos en las letras a), b) y g) del artículo) (46).

El establecimiento de la casación entre los procesos administrativos tiene, pues, más de tarea sistematizadora que creadora y sus consecuencias prácticas serían importantes, al eliminarse las actuales dificultades de la revisión por motivos de casación (normas supletorias de aplicación, contenido de las sentencias, efectos de las mismas, por ejemplo) y proclamarse la superioridad del Tribunal Supremo con la unificación jurisprudencial que supone.

A efectos de nuestro estudio, finalmente, la casación ante el Tribunal Supremo supone reafirmar su actual monopolio en la producción de la jurisprudencia en sentido estricto, ya que, no existiendo ningún ámbito material exento de tal recurso, los criterios en último término decisorios de las cuestiones jurídicas planteadas en vía jurisdiccional procederán de dicho Tribunal y no de los Tribunales Superiores de Justicia, cuyas resoluciones estarán sujetas a su control mediante el recurso extraordinario de casación.

4. Conclusión.

Una vez examinada la problemática que afecta a cada uno de los órdenes jurisdiccionales, pueden advertirse las limitadas modificaciones que el régimen constitucional y a la organización del Estado en Comunidades Autónomas han introducido en las fuentes de producción de la jurisprudencia. A este respecto el Tribunal Supremo parece seguir ostentando un monopolio casi absoluto que, además, ha venido a ser reforzado con el reconocimiento constitucional de su jurisdicción superior. Esta superioridad debe manifestarse sobre todo con la resolución de los recursos de casación, cuya función de creación de jurisprudencia y uniformización de la aplicación del Derecho resulta potenciada.

Los Tribunales Superiores de Justicia al ver sus resoluciones sometidas al ulterior recurso de casación ante el Tribunal Supremo no sentarán propiamente jurisprudencia.. Como única excepción a ello se configura su posición de decisores últimos en los litigios que versen sobre instituciones del Derecho civil foral existente en su territorio; sólo en este ámbito limitado podrá, por tanto, hablarse con propiedad de jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia.

(46) Además de los autores citados en la nota 40, véanse: J. A. RODRÍGUEZ PEDRERO: *Súplica y apelación en el proceso contencioso-administrativo*. Madrid, 1980, pág. 298, y F. PERA VERDAGUER: *Comentarios a la ley de lo contencioso-administrativo*, 2.^a ed. Barcelona, 1969, pág. 656 y ss.

El error en el testamento

ANTONIO GORDILLO CAÑAS

Prof. Agregado de Derecho civil

SUMARIO: I. *Justificación, planteamiento y propósito de este trabajo.*—II. *Indicaciones generales sobre el error.*—III. *La apreciabilidad más pura, "ratione sui", del error en el testamento.*—IV. *La relevancia del error en el testamento en la disciplina del Código civil.* 1. Supuestos singulares. 2. El silencio de los artículos 673 y 674 y la integración del artículo 743 desde los que sancionan el influjo del error, principalmente el artículo 767.—V. *Análisis del tratamiento legal del error en el testamento.* 1. Error obstativo: artículo 773. 2. Error en la formación de la voluntad: artículo 767. a) Análisis objetivo del supuesto: la causa falsa. b) Análisis subjetivo: el error o ignorancia determinante. c) Homogeneidad y paralelismo en el tratamiento legal del error-vicio: el artículo 767 en su comparación con el 1.266 y el 73,4. d) Reflejo testamentario del error y admisibilidad de la prueba extrínseca. e) Integración del artículo 767: inexistencia de causa.—VI. *Conclusiones.*

I

Vayan por delante unas líneas de justificación de este trabajo y de indicación de nuestro propósito al abordarlo. Hace aún relativamente poco tiempo, al traducir, anotar extensamente y concordar el profesor Alonso Pérez la obra de Pietrobon, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, advertía que «en nuestro Derecho carecemos de un estudio monográfico sobre el error»; al mismo tiempo calificaba la regulación del error en nuestro Código civil como «deficiente, incompleta y fragmentaria, careciendo, por otra parte, de rigor científico» (1). La labor del indicado profesor Alonso mejoró sensiblemente la panorámica de nuestro tratamiento doctrinal del error. El dato legislativo sigue sustancialmente inalterado (2), sin que —no obstante ser objetivos y justificados

(1) VITTORINO PIETROBON: *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Traducción y extensas anotaciones y concordancias al Derecho español, por MARIANO ALONSO PÉREZ. Madrid, 1971, pág. XVI.

(2) Algún perfeccionamiento supone el nuevo artículo 73, 4, en su comparación con el antiguo 101,2. Según este último habrá de contarse entre los matrimonios nulos "el contraído por error en la persona"; de acuerdo con el nuevo 73, 4, es nulo "el (matrimonio) celebrado por error

en sí mismos los calificativos que se le atribuyen— el juicio global sobre el mismo haya de ser —creemos— tan desfavorable y severo como se le formula en la autorizada cita de que arrancamos. Lo que indudablemente es cierto es que falta en nuestra doctrina y para nuestro Derecho —excepción hecha de los trabajos dedicados al tema por Albaladejo— un estudio detenido y a fondo, no ya del error en sí, en su influjo respecto a la voluntad negocial en general, sino, más en concreto, del error en relación con la voluntad testamentaria (3), y precisamente en nuestro Derecho un tal estudio resulta especialmente justificado y necesario, toda vez que en el conjunto normativo dedicado por nuestro Código civil a la ineficacia del testamento o de las singulares disposiciones testamentarias se producen datos y destacan normas, quizá no suficientemente conexas, cuya referencia conjunta y literal al tema de nuestro estudio pudiera llevar a conclusiones desenfocadas.

Efectivamente, es notorio en este punto el contraste entre los ordenamientos comparados más próximos al nuestro y que como él responde a un origen común, y el sistema de nuestro Código civil. En la disciplina del error en la voluntad testamentaria la codificación moderna recoge una tradición, cuyo inicio —como en tantas otras materias clásicas del Derecho privado— se sitúa en la evolución del Derecho de Roma, y cuya elaboración más completa es obra del llamado Derecho común (4). Sin entrar de momento en detalles, el error es considerado, también en esta materia, causa de ineficacia. La disciplina general de la ineficacia de la voluntad negocial es de aplicación al testamento; los vicios de la voluntad actúan, en lo fundamental, en el testamento como en los contratos. Varios son los Códigos europeos que así lo establecen expresamente (5). Si no se hace tal declaración expresa el in-

en la identidad de la persona del otro contrayente, o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubiesen sido determinantes de la prestación del consentimiento”.

(3) Destacan, efectivamente, en el panorama indicado los dos estudios del Prof. ALBALADEJO: *El error en las disposiciones testamentarias y De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias*, ambos en “Estudios de Derecho Civil”, Barcelona, 1955, págs. 423 ss. y 459 ss., respectivamente. Vid. también, VIÑAS: *Los vicios de la voluntad testamentaria*, Ilustre Colegio Notarial, Valencia. Conferencias del Curso 1948, Valencia, 1949. En la doctrina alemana, *ex profeso*, ZITELMANN: *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879; SCHULTZ: *Der Irrtum im Beweggrunde bei der testamentarischen Verfügung*, in Festschrift für Seckel, Berlín, 1927, págs. 73 ss. SCHMIDT: *Der motivirtum im Testamentrecht*, Breslau, 1933. En Portugal, ANTUNES VARELA, Joao de Matos: *Ineficacia do testamento e vontade conjectural do testador*. Coimbra, 1950. En Italia son relativamente frecuentes los estudios, breves y ocasionales, algunos de los cuales irán apareciendo en las páginas que siguen.

(4) Cfr. *ad rem* ANTUNES VARELA: *op. cit.*, págs. 82-89.

(5) Así, el artículo 469 del C. c. suizo: “Son nulas todas las disposiciones que su autor ha hecho bajo el imperio de error, de dolo, de amenaza o de violencia”; *Codice* del 42, artículo 624: “la disposizione testamentaria puo essere impugnata da chiunque vi abbia interesse quando e l'effetto di errore, di violenza o di dolo...”; Código portugués de 1966,

flujo viciante del error es regulado con suficiente amplitud (6). Incluso sin el dato legal, allí donde éste falta o es menos amplio o explícito, doctrina y jurisprudencia han coincidido en la aplicación analógica al testamento de las normas reguladoras de la voluntad contractual (7).

¿Qué hace que el planteamiento del tema sea peculiar entre nosotros? Nuestro Código civil ni establece expresamente la aplicabilidad al testamento de la disciplina de los vicios de la voluntad contractual, ni permite con su silencio el juego de la analogía. Más bien parece impedirlo, especialmente en relación con el error, al contener alguna norma específica para la valoración de su influjo en la voluntad testamentaria. Estos son los datos legales más salientes y sobre los que se apoya la elaboración doctrinal del tema: a la causa falsa (error en la causa) se refiere en términos, al menos a primera vista y literalmente, restrictivos el artículo 767: «será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa». El artículo 773 se ocupa del error en la designación del heredero: «no vicia la institución, cuando de otra manera pueda saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada». En el artículo 862, para el legado de cosa ajena, se establece que «si el testador ignoraba que la cosa que legaba era ajena, será nulo el legado». ¿Previsiones específicas y singulares sobre el error —se dirá— aptas para ser generalizadas? El Código parece impedirlo: de una parte, el artículo 673 dispone —esta vez sí con carácter general— que «será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude». ¿Dónde queda el error; olvido subsanable? Parece impedirlo la que se presenta como absoluta norma de cierre: el artículo 743: «Caducarán los testamentos, o serán ineficaces en todo o en parte sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código».

Si no siempre un conjunto normativo claro es bastante para impedir la interpretación, mucho menos podría serlo el que, ahora

artículo 2.201: “E tambem anulavel a disposição testamentaria determinada por erro, dolo ou coacção”; Código civil de la DDR, § 374, 1: “Eine testamentarische Verfügung kann angefochten werden, wenn der Erblasser sich über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtum befand und er bei Kenntnis der Sachlage die Erklärung nicht abgeben hätte. Eine Anfechtung ist auch zulässig, wenn die testamentarische Verfügung durch arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung zustande gekommen ist”.

(6) Es el caso del § 2.078 del BGB: “Eine letztwillige Verfügung kann angefochten werden, soweit der Erblasser über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte und anzunehmen ist, dass er die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage nicht abgeben haben würde. 2 Das gleiche gilt, soweit der Erblasser, zu der Verfügung durch die irriige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstandes oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt ist...”.

(7) Tal ocurre en Francia y ocurrió en Italia bajo el viejo *Codice* de 1865. *Ad rem* ALBALADEJO: *El error...*, cit., págs. 433-436.

referido, ha llegado a ser calificado de *maraña* por la moderada pluma de los profesores Lacruz y Sancho (8). En torno a él «se discute crudamente» —la expresión es ahora de Alonso Pérez (9)— entre nuestros autores si la doctrina general acerca del error es aplicable a la declaración testamentaria o si las normas antes citadas impedirían tal aplicabilidad. Efectivamente, mientras para un sector de la doctrina la entidad negocial del testamento exige —por encima de un silencio legal que se interpreta inadvertido o inintencional— la extensión al mismo de la disciplina general de la voluntad negocial (10), para otros de nuestros autores —encabezados en este punto por Albaladejo— tal extensión vendría impuesta por la peculiar disciplina del Código, disciplina que, aun cuando insatisfactoria y difícilmente justificable, según se reconoce, terminaría por vincular al intérprete (11).

(8) LACRUZ-SANCHO: *Derecho de sucesiones*, I, Barcelona, 1971, página 465: “El único cabo firme en esta maraña es el artículo 767...”

(9) M. ALONSO, en anotaciones a PIETROBON, cit., pág. 697: “El problema —como se sabe— surge en torno al artículo 673 del C. c. que no menciona expresamente el error entre los vicios que anulan el testamento, limitándose a consignar la violencia, el dolo y el fraude. Se discute crudamente si en tal precepto ha de considerarse incluido el error...”

(10) Cfr. en este sentido, PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho Civil español*, V, 1. Madrid, 1954, pág. 119: “...creemos que siempre que haya un vicio serio y determinante sobre una voluntad, cualquiera que sea el área del tráfico sobre la que aquélla se proyecta, se puede provocar la anulabilidad del negocio jurídico y ello es así porque los principios de la lógica así lo determinan...”; ROCA SASTRE, en anotaciones a ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, V, 1. Barcelona, 1976, pág. 277: “Es preferible sostener que el silenciamento, por el Código, del error en el contenido de las declaraciones testamentarias, más que una omisión intencionada o de sentido excluyente, implica una laguna o insuficiencia normativa que debe colmarse o satisfacerse por aplicación analógica o interpretación extensiva del artículo 1.265...”; CASTRO: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág. 129: “Este precepto (se refiere al 743) abre la cuestión de si la ineficacia de las disposiciones testamentarias está expresamente prevenida en el Código. La respuesta será afirmativa si se admite el concepto de negocio jurídico y con él la aplicación —en cuanto lo permita la naturaleza de cada negocio— de las disposiciones de su libro IV (art. 1.090) y, entre ellos, la del artículo 1.265. Eliminadas entonces las dudas que han venido originando los artículos 673 y 743, queda por averiguar si la naturaleza del testamento, como especial negocio jurídico, repugna que se aprecie el error del testador. El máximo respeto debido y reconocido a la voluntad del testador, inclina a que se tenga en cuenta el error que viciara esa voluntad. El carácter formal del testamento (art. 687) no parece que sea un obstáculo insuperable para ello. El Derecho romano, cuyo formalismo extremo fue templado en el Derecho castellano, tuvo en cuenta el error en muchos casos...”. En el mismo sentido, e. c., TRAVIESAS: *El testamento*, RDP, 1935, págs. 132 ss.; BONET RAMÓN: *Derecho de Sucesiones*, V, páginas 238 ss. La cita puede completarse en ALBALADEJO: *El error...*, cit., págs. 438-440.

(11) Cfr. OSSORIO MORALES: *Manual de la sucesión testada*, Madrid, 1957, pág. 469: “El artículo 673 no incluye el error entre las causas de nulidad del testamento, mientras que es esta la primera de las que, según el artículo 1.265, originan la nulidad de los contratos. Semejante omisión,

Especial referencia merece la posición de Albaladejo; han sido sus trabajos sobre la materia —repetimos— los que le han colocado en cabeza de los partidarios de la interpretación restrictiva. Su tesis intenta, sobre todo, la fidelidad al Código; en aras a ella se propone una conclusión que, en sí misma, resulta injustificada. La conclusión es ésta: «Diferencias análogas a las que existen entre los criterios que presiden los artículos 1.116 y 792... se observa que existen también entre el artículo 1.266 —invalidación del consentimiento contractual prestado por error— y el artículo 743

que debe lógicamente presumirse intencionada, conducirá a sostener que el error no puede dar lugar a la nulidad de los testamentos, sobre todo si se tiene en cuenta que, conforme al artículo 743, los testamentos serán ineficaces sólo en los casos expresamente prevenidos en la ley”. LACRUZ, en anotaciones a BINDER: *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1953, pág. 88: “El artículo 673 no menciona el error entre los vicios que anulan el testamento, de donde se deduce que el legislador, con más o menos razón, no quiso considerarlo como tal. Es claro, a la vista del artículo 743, que no pueden aplicarse como supletorios los artículos 1.265 y 1.266”. Más matizada aparece ya esta postura en el *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 1971, en colaboración con SANCHO REBULLIDA —aunque en este punto escrito sólo por LACRUZ—, pp. 464-465: “En mi opinión, el artículo 743 sería inoperante por sí solo, y el 767, contemplando la parte más subjetiva e inmaterial de una decisión subjetiva, ni obliga a aplicar su régimen a todos los supuestos de error, ni obliga a la prueba intrínseca de la existencia del error mismo. Pero el argumento de exclusión del artículo 673 cobra especial relieve con la limitación del 743 y la presencia del 767, haciendo muy difícil la solución del problema, aun cuando desde un punto de vista de política legislativa no se ve razón convincente para eliminar el error entre los vicios de la voluntad testamentaria”. Estas palabras se repiten en los *Elementos de Derecho Civil*, V. *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1981. También M. ALONSO PÉREZ: *El error sobre la causa*, en “Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. CASTÁN TOBEÑAS”, III, Pamplona, 1969, página 72: “Nos adherimos a esta segunda dirección. Parece evidente que el legislador fue contrario a otorgar relevancia general al error en las disposiciones testamentarias, al contrario de lo que ha hecho el Código italiano vigente (art. 624, ap. 1.^o). Estamos ante un precepto tajante, sin posibilidad de escapes. Por si aún queda duda sobre un posible olvido, el artículo 674 redundante en un *numerus clausus* —dolo, fraude, violencia— sin aludir al error. Parece absurdo imaginar dos preceptos consecutivos que omitan el error por amnesia del legislador. Otro problema es el de justificar la omisión. En él no podemos entrar”. Más explícito, en las anotaciones a PIETROBON, cit., pág. 699: “aceptamos en sus líneas generales esta segunda postura, como antes expresamos. Es la única acertada a la luz de una recta interpretación de los artículos 673 y 743 del C. c., aunque no sea lógica desde el punto de vista de la tesis del error. De *lege data* tal teoría es correcta, pero de *lege ferenda* es incoherente con la propia esencia del error y con la tendencia a una teoría del negocio jurídico. Más acertado que el nuestro, el vigente C. c. italiano ha considerado en su artículo 624-625, ap. 1. ... que el error, al igual que el dolo y la violencia, puede ser causa de nulidad de las disposiciones testamentarias... No es posible llegar en nuestro Derecho a una solución similar, aunque sería de desear... Pero si el legislador obra con cierta irracionalidad, obró así y hay que aceptar el hecho. Por tanto, no es posible aplicar la teoría del error... a las disposiciones *mortis causa* en nuestro Derecho”. Puede verse también, favorable a la tesis restrictiva, VIÑAS: *Los vicios de la voluntad testamentaria*, cit.

en relación con los 767 y 862 (de cuya relación se deduce que como norma general —y salvo las excepciones de estos dos últimos— en materia testamentaria se hace caso omiso del error, como, según el 792, se hace caso omiso de las condiciones imposibles y contrarias a las leyes o a las buenas costumbres». Su apreciación, la que sigue: «Nosotros opinamos que así como lo uno carece de justificación, así también carece de ella lo otro. Claro es que una cosa es justificar la diferencia y otra ver de hallar un motivo que la explique; pero es que creemos que ni este motivo existe... En definitiva, entendemos que el error debería ser tenido más ampliamente en cuenta en las disposiciones testamentarias, como lo es, por ejemplo, expresamente en el BGB, o en el Código civil suizo o, según la doctrina dominante, en el italiano de 1942, y no de una forma tan restringida como lo es en nuestro Código» (12). Así se cierra el primero de los trabajos dedicados al tema por Albaladejo. En estudio posterior («De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias») volverá sobre él: «no para repetir lo dicho, sino para mostrar una serie de facetas de la cuestión que han pasado inadvertidas y que ponen, aún más claramente en evidencia la exactitud de lo que entonces afirmamos» (13). Se observa claramente un importante cambio de acento: la anterior formulación negativa —irrelevancia general, salvo las contadas excepciones legales— va a dar paso a otra de relevancia matizada del error en las disposiciones testamentarias (14). Bajo ella va a caber, para el testamento, un margen de relevancia del error similar al que para el contrato permite el artículo 1.266: «el error *in persona*, o *in corpore*, o *in substantia*, o cualquier otro error posible, caben dentro del espíritu y de la letra del artículo 767 (15), de tal forma que si alguna diferencia cabe establecer entre el indicado artículo 767 y los 1.265 y 1.266, es sólo la relativa a la admisibilidad de la prueba extrínseca en el ámbito de

(12) ALBALADEJO: *El error...*, cit., págs. 455-57.

(13) Id.: *De nuevo sobre el error...*, cit., pág. 465.

(14) Id.: *De nuevo...*, cit., pág. 469, nota 7: «Ahora bien, una cosa reconocemos, pero referente a la forma y no al fondo de la cuestión. Quizá para expresar la misma idea que defendimos entonces y defendemos hoy —el error es relevante nada más que dentro de los límites del artículo 767— hubiera sido más conveniente decir que la reg a sobre la invalidez por error de las disposiciones testamentarias podía formularse así: se requiere que el motivo (causa) *conste* en el testamento (767, 1.º, principio) y que resulte del testamento que fue *determinante* (767, 1.º *fine*). De tal manera el contenido de la afirmación es exactamente el mismo que encerraba la fórmula que utilizamos entonces: *el error es irrelevante* como causa de invalidación en materia testamentaria, con la *excepción del artículo 767*. Y el contenido de la afirmación es el mismo porque el error opera sólo dentro del artículo 767 —como excepción o como regla—. Pero el que lea a la ligera puede ser que crea que en este último caso se mantiene una tesis temeraria —*irrelevancia* del error—, mientras que en aquel otro piense que la cosa no es tan fuerte, porque sólo se trata de someter la *relevancia del error* a ciertas normas peculiares».

(15) ALBALADEJO: *op. cit.*, pág. 478.

estos últimos y no en el de aquél (16); diferencia que —de nuevo sin justificación en sí misma— vendría impuesta por la 1.ª y (17). Interesaba destacarlo, porque no siempre que en apoyo de la tesis restrictiva se cita la indudable y reconocida autoridad de Albaladejo se recogen los matices que el mismo profesor Albaladejo introduce en ella.

En resumen, pues, y aparte de las actitudes, que tampoco faltan, de prudente suspensión del propio juicio o de formulación y sugerencia de interrogantes no respondidas (18), dos son las opiniones propuestas en nuestra doctrina al tema del error en las disposiciones testamentarias: la que por fidelidad —más que a la lógica— a la naturaleza del testamento tiene que recibir el anatema de ilegal, o la que por fidelidad al texto legal —según se interpreta— tiene que mantener unas conclusiones infundadas en sí, como expresamente se reconoce, y no deseables *de lege ferenda*. ¿No será posible superar la antinomia? ¿Habrà de considerarse inevitable el divorcio entre la conveniencia práctica y la ley? En las páginas que siguen se intenta responder a tales preguntas.

II

Antes de abordar el problema específico del error en el testamento conviene adelantar unas indicaciones generales acerca de la

(16) *Ib.*, pág. 483, nota 24: “Ahí está el interés práctico de mantener que son aplicables los artículos 1.265 y 1.266, o sólo el 767. En este caso, si bien es cierto que los errores esenciales podrían ser causa de invalidez como errores en los motivos, no lo es menos que se requiere la prueba intrínseca. En aquél para los errores esenciales no se precisa ésta, porque los artículos 1.265 y 1.266 no la exigen. Y si esta diferencia pretende salvarse diciendo que independientemente de la aplicación de los artículos 1.265 y 1.266, la prueba del error esencial ha de ser intrínseca, por aplicación, además, del artículo 767, bastaría responder que en ese caso es innecesario e inútil obstinarse en aplicar aquéllos.”

(17) ALBALADEJO: *op. et loc. cit.*: “Y, en definitiva, el modo de dar mayor relevancia al error en las disposiciones testamentarias en nuestro Código Civil, no es el sostener que se le apliquen los artículos 1.265 y 1.266 (los cuales ya caben dentro del 767), sino el de acoger la prueba extrínseca —no contenida en el testamento— del mismo. Prueba que, por muy razonable que sea de *lege ferenda*, no parece que nadie pueda asegurar que se permite por las palabras finales del párrafo primero del artículo 767”.

(18) Cfr., e. c., PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, V, 2. Barcelona, 1963, págs. 172-174, donde se exponen sólo las dos enfrentadas opiniones; o ESPÍN: *Manual de Derecho civil español*, V, Sucesiones, 5.ª ed., Madrid, 1978, págs. 398-99. O el caso de CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil español*. Nueva edición revisada y puesta al día por ALFONSO DE COSSÍO y ANTONIO GULLÓN, III. Madrid, 1959, página 261: “...resulta en consecuencia, que es nulo el testamento: 1.º, por falta de capacidad en el testador (663); 2.º, por inobservancia de las solemnidades establecidas por el Código para su otorgamiento (687, 688, 715); 3.º, por intervención de violencia, dolo o fraude (673); *¿quid* del error esencial, de la falsa causa (767) de la voluntad que no llega a ser conocida?; 4.º, por mancomunidad en el otorgamiento...”.

significación del error desde el punto de vista del Derecho (19). No se trata de adornar el tema; el adorno encuentra en la estética su justificación. Nosotros necesitamos echar las bases fundamentales para el adecuado tratamiento del error, tanto más cuanto que éste se valora e interpreta —hoy a partir de algunos datos legales— desde concepciones que tienden a diversificaciones radicales, como de inmediato hemos de ver.

El error, como fenómeno general —se ha dicho con evidente acierto (20)— es un elemento que produce consecuencias allí donde, en la vida moral, se tome en consideración el acto del sujeto responsable. La valoración de la actuación humana, en cuanto humana, supone la toma en consideración del hecho del error. En la actuación responsable y libre da el hombre la medida de su humanidad. Dicha actuación es la que nace de la voluntad guiada por la razón. Conocer y querer son presupuestos necesarios en toda actuación auténticamente humana (*nihil volitum quin precognitum*). Por ello cuando la voluntad es violentada, o cuando el entendimiento yerra, se produce un rebajamiento en el actuar humano que no puede resultar indiferente ante aquellas instancias que, como el Derecho, valoran *en humano* el proceder de las personas: *errantis nulla voluntas*, decían ya —en tendencia a la superación del formalismo— las fuentes romanas (21). Es lógico,

(19) Como ya hemos indicado, la producción doctrinal española sobre el tema no es abundante. Además de las extensas anotaciones de M. ALONSO PÉREZ a a obra de PIETROBON, ya citada, hay que mencionar el interesante estudio del mismo autor sobre *El error en la causa*, también ya citado. Igualmente MIQUEL, Juan: *Una aportación al estudio del error "in substantia" en la compraventa*, ADC (1963), págs. 79 ss. En el área hispanoamericana puede verse BORDA: *Error de hecho y de Derecho*, Buenos Aires, 1950; Id.: *Observaciones a la teoría de los vicios del consentimiento y el error como causa de nulidad*, ADC (1961), págs. 925 ss. Traducidas al castellano, CELICE: *El error en los contratos*, Trad. de CAMARGO, s. d.; LENEL: *El error in substantia*, RDP (1924). En el área alemana, ZITELMANN: *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879; LEONHARD: *Irrtum als Ursache nichtiger Verträge*. Breslau, 1907; FULTERER: *Der Irrtum und die Geschäftsgrundlage*, Innsbruck, 1931; HAUP: *Die Entwicklung der Lehre vom Irrtum seit der Rezeption*, Weimar, 1941; BROX: *Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung*, 1960. En Italia, MESSINEO: *Tecnia dell'errore ostativo*, Roma, 1915; VENEZIAN: *Errore ostativo*, en *Opera giuridiche*, Roma, 1919; VERGA: *Errore e responsabilità nei contratti*, Padova, 1941; PEDRAZZI: *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955; CARAMELLA: *Errore*, Enciclopedia filosófica, Venezia-Roma, 1957; BARCELLONA: *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, ya citado; AMORTH: *Errore e inadempimento nel contratto*, Milano, 1967. Además, el resumen de la obra de BARCELLONA, en la voz *Errore (diritto privato)*, Enciclopedia del Diritto, XV, o TRABUCCHI, *Errore (Diritto civile)*, en *Nss. D. I.*, VI, 1960. En Francia, GHESTIN: *La notion d'erreur dans le Droit positif actuel*. París, 1963. En Portugal, ANTUNES VARELA: *op. cit.*; FERRER CORREIA: *Erro e interpretação na teoria do negocio jurídico*, 2.^a ed., Coimbra, 1968.

(20) TRABUCCHI: *op. cit.*, pág. 666.

(21) Vid. ALONSO: *El error sobre la causa*, cit., pág. 27, nota 44. Allí se indica cómo la regla aparece formulada cuatro veces en Dig. (2, 1, 15;

entonces, que el error se valore esencialmente en la doctrina del negocio jurídico. Si es este el vehículo de la actuación libre y responsabilizante, necesariamente ha de calibrarse en él la auténtica e interior voluntariedad del comportamiento negocial: el problema del error —indica Barcellona (22)— está conexo en muchos aspectos al de la autonomía privada y al de la relevancia de lo subjetivo en el ámbito del fenómeno negocial. Por ello, sobre su figura —la cita literal es ahora de Castro (23)— repercuten, y agigantadas, las dificultades que plantean los problemas centrales del negocio jurídico.

Efectivamente, desde una concepción más clásica del negocio jurídico, entendido éste y valorado en cuanto manifestador de un contenido interno voluntario, creador y rector de situaciones jurídicas, el error es, sobre todo, un hecho psicológico, consistente en la inadecuación entre la percepción y representación de la realidad sobre la que el negocio proyecta su eficacia, y esa misma realidad, y cuya más sobresaliente virtualidad será la de *viciar* la voluntad negocial —alma del negocio— hasta el punto de permitir la impugnación de éste. Hoy, en cambio, se proponen enfoques distintos del error, en conexión —claro está— con una diferente visión del negocio jurídico. En la línea de lo que fue la corriente *declaracionista*, el hecho negocial se desplaza del examen de la voluntad tal como ésta se produjo *in interiore hominis*, al de su extrinsecación objetivada en la declaración. El error no es ya la falsa representación que de la realidad se hace el errante, sino un problema de adecuación entre la forma representativa (la declaración) y lo que a través de ella se pretendía manifestar (24). Produce ello consecuencias distintas en cuanto a la apreciación del error de las que brevemente pasamos a indicar algunas.

El error, en primer lugar, deja de efectuar en esta renovada concepción, a los elementos estructurales del negocio, para traducirse en un fenómeno de disfuncionalidad del negocio mismo. En el tratamiento jurídico del error no interesa tanto lo que el error sea en sí mismo como hecho real, en su realidad prejurídica, cuanto

5, 1, 2 pr.; 39, 3, 20; 50, 17, 116,2) y tres veces en el *Codex* (1, 18, 8; 1, 18, 9; 4, 65, 23). Para su interpretación, vid. ZILLETTI: *La dottrina dell'errore nella storia del Diritto romano*. Milano, 1961.

(22) BARCELLONA: *Profili della teoria dell'errore...*, cit., pág. 2.

(23) CASTRO: *El Negocio Jurídico*, cit., pág. 101.

(24) Cfr. BARCELLONA: *Errore*, cit., pág. 248: "Piu che un evento psichico destinato ad esaurirsi *in interiore homine*, il concetto di errore indica, pertanto, un fenomeno che assume precise dimensioni oggettive nell'ambito del rapporto sociale ed in relazione a. problema della comunicazione", o pág. 252: "L'attendibilità di questi rilievi sembra, peraltro confermata dai risultati della piu recente dottrina, che repudiando la mitica idea della fusione della volonta, vede nell' accordo nient'altro che la cosiddetta volonta dichiarata, o, in senso piu lato, lo stesso rego amento negoziale reciprocamente approvato (il "voluto"). Por ello, página 248: "la problematica dell'errore... riguarda soltanto l'idoneita della forma rappresentativa ad evocare quel significato".

el significado que el Derecho le atribuye al tomarlo en consideración (25). Y en tal consideración jurídica el error no es sino uno de los presupuestos de la impugnabilidad del contrato o negocio. Así considerado, su estudio debe salir del de los elementos estructurales del negocio. En la concepción tradicional del negocio jurídico, entendido éste como declaración de voluntad, es necesario corolario el de la relevancia de los vicios del consentimiento; el problema del error se identifica con el de la estructura del negocio y la incidencia de aquél sobre la eficacia negocial se explica como consecuencia del defecto o vicio de uno de los elementos de la *species facti* negocial. Es posible, no obstante —dice Barcellona— sustraer el tratamiento del error de la gravosa hipoteca que implica su referencia a la teoría general del negocio jurídico: sin negar la relación entre negocio y error, éste se enfoca como instrumento de valoración de la adecuación existente entre el medio o instrumento (el negocio) y los intereses que a través del mismo se persiguen. La comprobación del error en la configuración de la regulación negocial permite valorar la posible divergencia entre el interés real y el interés regulado. De este modo, disciplina del error y requisitos del contrato corresponden a dos órdenes distintos de valoración y a problemas diferentes. La disciplina de los requisitos del contrato mira al problema de la inserción del negocio en las estructuras del ordenamiento; la disciplina del error garantiza la adecuación del interés regulado al interés real. Esta disciplina manifiesta la necesidad de proporcionar al sujeto la posibilidad de valorar la funcionalidad del negocio, regulando el modo de ejercicio y determinando las causas que permiten el ejercicio de la acción de impugnación. Desde este punto de vista —concluye Barcellona— desaparece toda posibilidad de configurar el problema del error en términos de defecto o vicio de un elemento estructural de la *fattispecie*, y aparece plausible la conclusión de que, a través de la disciplina de los vicios del consentimiento, y del error en particular, lo que viene a resolverse es el problema de la conexión funcional entre el interés regulado y el interés real (26).

Paralela a este desplazamiento del error del núcleo constitutivo del negocio al de su funcionalidad operativa, va la inteligencia del mismo desde la concepción objetiva de la causa. El dato interno subyacente a la declaración de voluntad pierde parte importante de su interés; lejos ya del *errantis nulla voluntas*, se mantendrá ahora la relevancia sólo excepcional del error. La concepción obje-

(25) Cfr. BARCELLONA: *op. cit.*, pág. 247: "La determinazione del concetto di errore, come di ogni altro fatto della vita, assunto dal Diritto ad oggetto di specifica disciplina, non può prescindere dall'individuazione del problema pratico in relazione al quale viene accordata dalla norma la tutela al soggetto che si trovi in determinate condizioni... In questa prospettiva e possibile, altresì, assumere, come punto di riferimento, una nozione di errore, assolutamente svincolata da implicazioni di carattere filosofico e concettuale e che sia pienamente aderente alla natura e alla portata dei dati dell'esperienza quali risultano disciplinati dal diritto".

(26) Cfr. BARCELLONA: *op. cit.*, págs. 250-253.

tiva de la causa —dice Galloni (27)— vuelve al revés la teoría del error. El vicio de la voluntad no altera el esquema legal, ni incide sobre la causa; deja, por ello, intacto el interés típico, aun cuando éste pueda desaparecer en concreto para el erranté. Es evidente —sigue Galloni (28)— que nos encontramos en tal caso ante un contrato perfecto en sus elementos esenciales, capaz, en consecuencia, para realizar en forma típica sus propios efectos. Por otra parte, el ordenamiento ha de velar por el interés de la contraparte en la conservación del contrato. La conclusión es clara: sólo en casos del todo excepcionales puede el ordenamiento proteger el interés de la víctima del error: cuando éste sea esencial y reconocible para la otra parte.

Desde las anteriores bases, ¿qué interés puede tener la diferencia —resaltada por la dogmática moderna (29)— entre el error propio (en la formación de la voluntad) y el error impropio u obstativo (en la manifestación o declaración)? Tal diferencia se basa en el análisis del proceso volitivo; la incidencia del error en uno u otro momento de tal proceso explicaría su distinta repercusión sobre el elemento subjetivo del negocio. Pero se objetará de inmediato que la articulación del proceso volitivo en fases distintas es artificioso y poco fiel a la realidad. Desde el punto de vista del errante no hay diferencia entre el hecho de que el error haya recaído sobre lo declarado o sobre la declaración: en ninguno de los dos casos el sujeto ha querido realmente el concreto negocio que de hecho ha celebrado. Además —se añade con visos de elevación de tono interesante— la contraposición entre «forma representativa» y «contenido representativo» contrasta con el carácter social del fenómeno representativo ya que, desde la experiencia práctica no es hipotizable un «significado» objetivamente existente fuera del signo, cualquiera, que lo manifieste. La misma actividad de representar se presenta como un atribuir significado o producir símbolos absolutamente indistinguibles de la expresión, con la consecuencia de que no es concebible una voluntad ya existente, sino a través de una correspondiente estructura expresiva (30). La distinción, pues, entre error propio y error obstativo es, cuando menos, superflua.

Desde esta visión extrinsecista del error se propugnará, en cambio, la diferenciación más neta entre error e ignorancia. En la concepción más común el error es tomado en consideración por

(27) GALLONI, Giovanni: *Causa e motivo nella teoria dell'errore*, RTDPC, 1956, pág. 47.

(28) *Ib.* pág. 46.

(29) Además de las obras expresamente dedicadas al tema y ya citadas en la bibliografía general, cfr. MIQUEL: *op. cit.*, págs. 80-81; ALONSO PÉREZ: anotaciones, *cit.*, págs. 493-496, y *El error sobre la causa*, *cit.*, págs. 33-39.

(30) BARCELONA: *op. cit.*, págs. 255-257. El mismo autor, más ampliamente, sobre la distinción error-vice error obstativo, en *Profili...*, *cit.*, págs. 87-125.

su eficacia causal sobre la voluntad negocial. La falsa representación de la realidad lleva al errante a la formación de una voluntad *viciada*; esto es, una voluntad que no está en correspondencia con la que, de conocerse la realidad en sus justos términos, se habría formado en sentido distinto. Pero de esta premisa a la equiparación entre ignorancia y error —dirá Barcellona (31)— *il passo è breve*. Basta sólo atribuir a la ignorancia la misma eficiencia causal. La ignorancia influirá «positivamente» en la medida en que cabe entender que el conocimiento de la circunstancia ignorada habría podido orientar en otro sentido la voluntad del sujeto.

Pero una tal concepción es directa consecuencia de la escasa profundización en el fenómeno del error y los problemas prácticos que el error plantea. Se sigue pensando en un error concebido como hecho psíquico y consistente en la defectuosa representación de la realidad. Barcellona entiende —ya lo hemos indicado— que la virtualidad del error consiste en determinar una divergencia entre los distintos puntos de vista desde los que se puede proceder a la valoración de la idoneidad de una determinada expresión o signo representativo para evocar un cierto significado. Tal estructura representativa es la fórmula negocial aprobada por las partes. Por el contrario, la ignorancia absoluta, que por definición consiste en la total ausencia de representación, excluye por sí misma toda cuestión conexas con la traducción de la realidad en términos de expresión representativa, y no puede determinar nunca efectos análogos a los del error, ni dar lugar a problemas prácticos similares a los que el error plantea. La relevancia de la ignorancia se reducirá, así, a la relevancia *sic et simpliciter* de la circunstancia ignorada en orden a la realización de la proyectada composición de intereses. La relevancia de dicha circunstancia derivará sólo del negocio, planteándose entonces un problema de adecuación entre negocio y realidad (ausencia del presupuesto negocial). En el caso del error, en cambio, el objeto de la representación no tendría relevancia alguna por razón del contenido negocial, y sólo a través de la impugnación puede hacerse valer la divergencia entre el significado objetivo de lo declarado y el que el errante le atribuía (32).

Pues bien, expuesto lo anterior, hemos de añadir de inmediato que nosotros no compartimos esta visión renovada del error. Seguimos prefiriendo el tradicional modo de entenderlo como vicio de la voluntad negocial. Sigue siendo cierto, podemos decir con Trabucchi (33), que el error forma parte de la categoría jurídica de los vicios de aquel elemento, voluntad, que, como factor interno, constituye el fundamento de la eficacia negocial. Ciertamente que el error se traduce en un problema de «disfunción» entre el negocio celebrado y el interés que a través de él se quiso regular. Ciertamente,

(31) Op. cit., págs. 248-250.

(32) Cfr. el mismo BARCELLONA: *Profili...*, cit., págs. 91-95.

(33) TRABUCCHI: op. cit., pág. 670.

igualmente, que a tal problema subviene la impugnabilidad del negocio. Pero, cierto, sobre todo, que tales disfunción, así como su remedio jurídico, provienen del hecho de que lo que se proyectó como contenido negocial, se proyectó desde una representación inexacta de la realidad: disfunción entre negocio e interés paralela a la previamente existente entre representación de la realidad por el errante y realidad misma. Y es que el error, como todo dato no exclusivamente jurídico, es un hecho con consistencia y entidad propias, que el Derecho, justamente porque parte de la dimensión moral del hombre, ha de tomar en consideración, pero que el Derecho ni crea, ni transfigura. Por ello no terminamos de encontrar sentido a ese intento de autonomización del error que el Derecho toma en consideración, respecto al fenómeno real y psicológico del error. El error de que el Derecho se ocupa es el error tal como el error es y se produce en la realidad psicológica del hombre; y a ese nivel el error sigue consistiendo en la inadecuación entre la realidad y su representación mental. De tal desajuste entre realidad y representación mental podrá derivar —ordinariamente derivará— la volición de algo que, exactamente conocido, no se habría querido efectivamente: ese es el error, y jurídicamente, esa es su significación como vicio de la voluntad.

Supuesto lo anterior, y habida cuenta del significado institucional del negocio jurídico como cauce y vehículo de la autonomía de la voluntad, lógicamente ha de concluirse la relevancia, en principio, de toda forma de error, por lo que éste supone de eso que en la terminología jurídica se llama vicio de la voluntad. Pero es aquí, justamente, donde la aplicación del prisma del Derecho va —sin transfigurararlo, ni menos desfigurararlo— a dar una peculiar configuración al error. Aun cuando el dato situado *in interiore hominis* puede llegar a tener color jurídico, y aun cuando la actividad jurídicamente relevante no se desconecta de sus ramificaciones *in interiore hominis*, lo específico de la relación jurídica es el dato de la exterioridad y de la intersubjetividad. Por ello el Derecho no puede limitar su tarea a la defensa de la voluntad pura del errante; menos cuando ella no puede obtenerse sin cierto sacrificio para su contraparte negocial. Por otra parte, el Derecho, que valora éticamente intereses, las más de las veces enfrentados, no puede, sin más, proteger al errante sin entrar a apreciar el ingrediente ético subyacente en su situación de error; máxime cuando, como acabamos de indicar, su toma en consideración va a suponer sacrificio para la contraparte, posiblemente más diligente que el errante. Por ello no siempre se podrá llegar hasta el final en la protección del errante, ni nunca podrá el Derecho considerar —supuesto el error— como su única función la de la protección del que yerra. La pura lógica, como indica Castro (34), llevaría en tal caso a conclusiones contrarias al buen sentido: favorecer sin más base que la propia equivocación a quien yerra, y esto a costa

(34) CASTRO: *El Negocio Jurídico*, cit., pág. 102.

de quien ha creído en la palabra dada. Se explica así, sin entrar ahora en concretas determinaciones legales, que con ocasión del tratamiento del error se hagan necesarias matizaciones y límites, paralelos, en buena parte, a los que atemperan, desde la auto-responsabilidad y la confianza, la eficacia de la voluntad real frente a la —por hipótesis, divergente— de la declaración. Aparte de acotar al sustancial la relevancia del error, se tomarán en cuenta tanto su excusabilidad, desde el punto de vista del errante, como su reconocibilidad, desde el de la contraparte. Pero —interesa destacarlo— cuando tal se hace, no es que se entienda, ni implícita ni explícitamente, que sólo en vía excepcional es relevante el error; es que —también con ocasión del error— la eficacia de la voluntad interna ha de atemperarse desde las exigencias de la auto-responsabilidad y de la confianza (35).

En definitiva, pues, que, por más que limitado en su relevancia *ad extra*, el error sigue siendo un dato esencialmente psicológico, radicado *in interiore hominis*, consistente en la falsa representación de la realidad y que actúa —en la forma de error propio—

(35) Cfr. CASTRO: op. cit., pág. 115: “Para justificar la exclusión del error inexcusable como causa de nulidad hubo que salir del campo de la voluntad y atender a la responsabilidad del que actúa. Frente a la protección que merece quien se equivoca (“errare humanum est”), prevalecerá la consideración de la seguridad jurídica (“vigilantibus et non errantibus succurrendum est”). Para ello se recurre al criterio de la culpa, diciéndose que no es digno de protección quien incurre en culpa lata, “quia dolo aequiparatur”. Consecuencia de las vacilaciones de la doctrina será que: por unos se entienda que lo excusable del error es un requisito para que se le aprecie, y que por otros se piense que lo inexcusable del error se ha de oponer como una excepción (“exceptio doli”), por no ser ese “error” digno de protección jurídica”. También, TRABUCCHI: op. cit., página 670: “Si e sempre sentita l’esigenza di subordinare la situazione soggettiva dell’errante all’esistenza di circostanze che tengano conto in qualche modo anche del fattore sociale. E bensì vero che l’errore fa parte della categoria giuridica dei vizi di quell’elemento volontà che costituisce, come fattore interno, il fondamento dell’efficacia negoziale; ma il negozio come fatto sociale tocca anche interessi di altre persone, le quali pure devono essere tutelate contro il pericolo di una troppo unilaterale considerazione dall’elemento volitivo, astratto da ogni valutazione del contegno quale si manifesta nella vita giuridica. E la necessità di un limite, di carattere —ripetiamo per interderci— sociale, si sente tanto più nel sistema moderno che, como detto, ha allargato di molto l’ambito della categoria dell’errore essenziale...”. Añade cita de la Relación Oficial al *Codice* (pág. 671), sobre la justificación del requisito de la reconocibilidad: “Esso si e imposto per la considerazione che l’errore occulto del dichiarante non deve turbare le aspettative del destinatario fondate sulla dichiarazione. La buona fede del destinatario non deve essere sacrificata alle esigenze di un intento che non fu palesato, e che perciò non pote essere preso in considerazione dalla controparte nella valutazione complessiva del contegno del dichiarante. Sarebbe incoerente ammettere che sia fatto valere in qualche modo un intento non esterriorizzato, se la sicurezza del credito e degli scambi ha imposto di dare rilevanza giuridica sollo all’affidamento creato dal significato che socialmente può darsi alla dichiarazione, nel quale soltanto si concreta e vive l’unico intento che il diritto riconosce e tutela”.

como vicio de la voluntad negocial. La concepción psicológica del error, no es una concepción falsa, podrá decirse a lo sumo, como entre nosotros hace Alonso Pérez, que es una concepción incompleta, que, como tal, deberá integrarse desde las exigencias de protección de la contraparte y desde la constante dimensión social de lo jurídico (36).

Desde la misma concepción clásica del error seguirá, además, manteniendo su interés la distinción entre el error-vicio o error propio y el error obstativo o en la declaración. Distinción que no necesariamente ha de traducirse siempre en un régimen jurídico peculiar. Consagrada legalmente en el BGB y en el *Codice* la impugnabilidad del contrato en el que se hubiere producido el error obstativo, cada vez es mayor la corriente doctrinal que, saltando sobre la diferencia estructural de ambas figuras, sostiene la conveniencia de su sometimiento a una común y similar forma de ineficacia. Para nosotros, el caso del error obstativo es iluminador precisamente en este terreno: los regímenes típicos de ineficacia negocial responden, más a consideraciones funcionales que a datos estructurales. El interés, igualmente privado, subyacente a ambas formas de error, así como la adecuación del mecanismo de la impugnabilidad también para el caso del error obstativo, dan razón de la equiparación de su régimen al del error propio, no obstante la distinta significación de uno y otro (37). Ahora bien, decíamos que la distinción entre las dos formas de error ahora consideradas no tiene por qué traducirse siempre en un régimen jurídico peculiar; hemos de añadir ahora: pero puede —en ocasiones— justificar una disciplina diferente.

Y ello, justamente, ocurrirá en el peculiar negocio de última voluntad que es el testamento: en él basta atender —sin atemperaciones *ab altera parte*— a la voluntad del testador. Si ello es así, la presencia del error obstativo no impedirá la realización de la voluntad real siempre que, aun cuando inexactamente declarada, pueda ser ciertamente conocida (art. 773). No puede decirse lo mismo, en principio, respecto al error vicio. Este supone malformación de la voluntad; la voluntad así nacida y declarada no debe ser atendible, por no expresar la que habría sido la voluntad deliberada y fundada del testador, de haber conocido exactamente la realidad (art. 767). Por el contrario, el error obstativo no implica vicio de la voluntad; se limita a plantear tan solo un problema de

(36) Cfr. ALONSO: *El error sobre la causa*, cit., págs. 29-30: "Urge precisar el concepto del error en el negocio jurídico, porque la concepción psicológica no es suficiente... Con razón se indica que no es puro hecho psíquico, ni agota su eficacia en la esfera individual. Se presenta como situación exteriorizada en el ámbito de la realidad social y en relación a la comunidad humana. Es, por tanto, exacta la concepción del error como "falsa representación de la realidad", siempre que los términos se entiendan adecuadamente..."

(37) Cfr. nuestro trabajo *Violencia viciante, violencia absoluta e inexistencia contractual*, RDP/1983 págs. 214 ss.

identificación o conocimiento de la misma. Superado o resuelto tal problema, la voluntad conocida expresa un deseo normal y correctamente formado, cuya eficacia debe sancionar el Derecho. Si el error vicio nos abocaría a la necesidad de desmontar el anómalo proceso volitivo, el error obstativo nos llevará a interpretar —para ejecutarlo— lo inexactamente declarado, pero correcta y deliberadamente querido.

Finalmente, desde la misma concepción clásica del error que —creemos— debe mantenerse, cabe sostener la identidad de significado y régimen, no obstante sus diferencias conceptuales, entre error e ignorancia. En este sentido puede decirse con Trabucchi que el concepto jurídico de error excede el sentido ordinario de la palabra, comprendiendo también a la ignorancia (38). Si lo que el Derecho quiere sancionar es la eficacia de la voluntad deliberada, es claro que, por la misma razón por la que se descalifica la volición viciada de error, ha de descalificarse la basada en la ignorancia. Por más que quepa la distinción lógica entre error e ignorancia, la indistinción de su régimen está más que justificada. M. Alonso Pérez lo ha indicado con toda exactitud y precisión: «Dentro del negocio jurídico, y con referencia a la situación práctica, la ignorancia y el error se sustentan en una disciplina similar. Puede afirmarse que ambas categorías coexisten necesariamente. La ignorancia —aspecto negativo— es ocasión de error —aspecto positivo—, y la invalidación del negocio por *defectuosa representación* (error) lleva implicado el desconocimiento de una situación antecedente. De ahí que a efectos invalidentes, la relevancia es en todo caso del error, en cuanto provoca defectuosa intelección de elementos esenciales del negocio, pero detrás de la falsa representación siempre subyace como antecedente inevitable un estado de ignorancia o desconocimiento, ocasión de que se provoque la deformación errónea... La ignorancia en sí es irrelevante y si vicia la declaración de voluntad, no es por ella misma, sino en cuanto es ocasión y comporta necesariamente una representación inexacta de la realidad; es decir, un error» (39).

En conclusión, pues, el error con que el Derecho se las ha de ver es el error que, como realidad psicológica, se produce en la interioridad del complicado mecanismo humano. Lo que el Derecho necesariamente ha de hacer es seleccionar el error jurídicamente relevante: otra cosa llevaría a la ruina de la certeza jurídica y supondría una puerta incondicionalmente abierta al laberinto de fantásticas interpretaciones nacidas posiblemente en no pocos casos al calor de una realidad, quizá posterior al error, que no llega, a satisfacer, o apoyadas en cambios reales de opinión que al presente se aducen como exponentes de errores en el momento de poner las bases de la situación que ahora se quiere desmontar.

(38) TRABUCCHI: op. cit., pág. 666.

(39) ALONSO PÉREZ, en anotaciones a PIETROBON, cit., págs. 499-500. Vid., también, Id.: *El error en la causa*, cit., págs. 30-31.

Sería tarea imposible la de determinar en detalle y con cierta amplitud o carácter general sobre qué criterios puede basarse la necesaria labor de selección jurídica (40). Por ello estimamos altamente positivos —disentimos en este punto del profesor Alonso— los términos en que nuestro Código se ocupa del tema: tendrá relevancia jurídica el error —permítase la expresión— «de peso»; el error que tenga cierta entidad. Una entidad que resultará más clara cuando —interpretaciones históricas y literales aparte (41)— el error recae sobre la sustancia del objeto o sus cualidades principales, pero que abarcará también —puesto que nuestro ordenamiento no se desinteresa respecto al móvil concreto de la actuación jurídica— el supuesto del error determinante o motivante (distinto al error en los motivos) (42). Es decir, que en nuestro ordenamiento la relevancia jurídica del error es cuestión a resolver con criterio flexible, objetivo y subjetivo, y caso por caso. En esta línea está concebido el artículo 1.266: exclusión del error de cuenta (43) y relevancia del error que recae sobre la sustancia (el *grueso*, para evitar complicaciones de interpretación histórica) del objeto, o que determina el consentimiento, sea cual fuere el objeto del error. Es ello plenamente congruente con el artículo 1.262, según el cual el consentimiento comprende necesariamente la cosa y la causa que han de constituir el contrato. En sentido paralelo el nuevo —y desde este punto de vista, más explícito— artículo 73, 4, sanciona la nulidad del matrimonio cuando éste se celebra por error «en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, *por su entidad, hubieren sido determinantes* de la prestación del consentimiento». A su vez el artículo 767 da relevancia, para el testamento, al error determinante de la institución de heredero o del legado.

Flexibilidad, pues, en la apreciación de la esencialidad del error, abierta en principio a parámetros objetivos, mas no por ello cerrada a su valoración subjetiva *in concreto* (44). Y una última

(40) Explica ello la denunciada por CASTRO —op. cit., pág. 101— “creciente insatisfacción ante las decisiones legales”. El artículo 1.429 del *Codice* ha tratado de ser más explícito y preciso en este punto. No parece —a la vista, e. c., de las elucubraciones de BARCELONA: op. cit., páginas 268 ss.— que haya contribuido a aclarar gran cosa.

(41) Cfr., especialmente dedicado al tema, el trabajo de MIQUEL, ya citado, *Una aportación al estudio del error in substantia en la compraventa*.

(42) Aun cuando hayamos de volver sobre el tema, cfr., ya de entrada, ALONSO, anotaciones..., cit., págs. 504-508, o el mismo texto anotado, de PIETROBON, págs. 479-487.

(43) Sobre él, e. c., el mismo ALONSO: op. cit., págs. 632-633.

(44) Consideramos de interés la siguiente cita de ALONSO, anotaciones a PIETROBON, cit., pág. 502: “Importa delimitar adecuadamente el problema. Porque una cosa es el error y otra el juicio de esencialidad o relevancia. A este respecto se dice que el C. c. valora el error en los supuestos del artículo 1.266 según un criterio mixto, al fijarse, de una parte ‘en la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato’ y por otra, en ‘aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado mo-

observación: como entre nosotros ha destacado Castro, una tal valoración del error, atendida a su significación concreta, no es sino una manifestación más del profundo causalismo de nuestro ordenamiento. El error sobre las condiciones de la cosa que *principalmente dan motivo* a la celebración del contrato (art. 1.266), o en las cualidades personales del otro contrayente que, *por su entidad, hubieren sido determinantes* de la prestación del consentimiento (art. 73,4), son el error en la causa, o constituyen la falsedad de la causa (art. 767) que permiten la impugnación del negocio. La concepción de la causa influye, evidentemente, sobre la valoración del error (45). El realismo causalista de nuestro Derecho, necesariamente ha de traducirse en una valoración realista, abierta y concreta del error (46). En ordenamientos más objetivistas o declaracionistas, allí donde la voluntad se entiende hipostasiada en su manifestación o declaración; donde la causa, cuando se la valo-

tivo a celebrarlo' (MIQUEL: *Una aportación...*). Parece evidente que el Tribunal Supremo en conocidas sentencias (SS. 25 noviembre 1932, 14 junio 1943, 30 septiembre 1963, 8 junio 1968) se inclina prevalentemente hacia un juicio subjetivo de esencialidad, al valorar el objeto y cualidades especialmente tenidas en cuenta en el caso concreto. Lo que parece indicarnos que el error en la sustancia, en las condiciones o en la persona es relevante como error sobre el motivo determinante, que adquiere categoría de causa". Sin admitir —según nos dice— estos planteamientos, propone el autor las siguientes conclusiones sobre la esencialidad del error, que aquí nos vemos precisados a resumir: 1.º El error es falsa representación de elementos objetivos, personales o motivales. 2.º Es menester, para calificar el error de esencial, que la falsa representación de tales circunstancias primordiales al ser del negocio determinen etiológicamente la declaración de voluntad. 3.º En la búsqueda de un criterio objetivo o subjetivo de valoración de la esencialidad del error, el Tribunal Supremo se pronuncia por el subjetivo, según la importancia que la parte equivocada atribuyó a la circunstancia o elemento defectuosamente conocido. 4.º El juicio de esencialidad personal coincidirá, de ordinario, con el juicio de esencialidad del tráfico (coincidencia frecuente, pues, del criterio objetivo y el subjetivo)" (págs. 502-504).

(45) Cfr., de nuevo, GALLONI: *op. cit.*, pág. 47.

(46) Cfr. *ad rem*, CASTRO: *op. cit.*, págs., e. c., 102-3. También ALONSO, en PIETROBON, *cit.*, págs. 506 ss. y, especialmente, su estudio *El error sobre la causa*, *cit.*, en el que, como conclusión final, se dice (páginas 75-77): "Con buen sentido se ha considerado vicio de la causa 'cualquier circunstancia a la que el ordenamiento jurídico atribuye el efecto de provocar la invalidez del negocio jurídico y que su influencia no recae ni sobre el elemento subjetivo, volitivo, ni sobre el elemento objetivo en sentido estricto'. Esto nos permite negar que el error sea en realidad, un vicio de la causa. Sólo la voluntad queda mancillada por el error, como por otra parte declara el legislador (art. 1.265 C. c.) ...El valor objetivo del negocio jurídico halla su verdadero sentido cuando existe una adecuación entre los fines realizados y los que las partes se propusieron. En este aspecto la voluntad... es decisiva... De ahí que no pueda suprimirse la vieja concepción del negocio como declaración de voluntad... Pero si el error es siempre una anomalía intelectiva que vicia el consentimiento, las declaraciones de voluntad, es innegable que, a la vez, puede afectar a la causa. No es vicio de este elemento, pero sus efectos le alcanzan, en ocasiones esencialmente..."

ra, se entiende en sentido objetivo, será necesario compensar esta polarización extrínseca dando entrada autónoma, por exigencias de la realidad, a expedientes como el de la base del negocio u otros similares (47).

III

Partíamos en este trabajo de la constatación del *status quaestionis* en nuestra doctrina en torno a la apreciación del error en el testamento. Observábamos cómo desde el desconcertante dato legal la doctrina se dividía: de una parte, quienes por fidelidad al Código restringen —sin negarla— la relevancia del error; de otra, quienes llevados de la lógica, saltaban sobre el dato legal para completar el artículo 673 desde el 1.265. Procede a continuación tratar de resolver la duda y de explicar e interpretar la ley.

Y para ello creemos necesaria una observación inicial. Entendemos que una adecuada metodología jurídica impone interpretar la ley desde las exigencias del buen sentido y no, por el contrario, primar de tal modo el dato legal —a veces indebidamente recordado— que en fuerza del mismo haya de aceptarse resignadamente el absurdo. La ley es el objeto de la interpretación; debe ser también instancia —no única— de la labor interpretativa; lo que nunca podrá es tiranizar o absolutizar la interpretación hasta el punto de imponer por exigencias de fidelidad a sí misma consecuencias opuestas a lo razonable. Y no deja de ser oportuno recordar en este momento la confesada insatisfacción de quienes, por atenerse entre nosotros al dato legal, se creen forzados a limitar más de lo justo la relevancia del error en el testamento (48). Se llegará incluso a reconocer que la eliminación del error, con carácter general, de entre los vicios de la voluntad testamentaria es más aparente que real en nuestro ordenamiento, toda vez que el legislador, obsesionado por el respeto a la voluntad del testador, concederá relevancia al error en sus supuestos más normales a través de normas singulares —la principal, el art. 767— que vienen así a paliar el silencio del art. 673 (49).

Pues bien, desde las exigencias del buen sentido resulta extraordinariamente llamativo y extraño que haya de negarse al error en el testamento la trascendencia viciante que se le reconoce en el contrato. El testamento es justamente llamado acto de *última voluntad*. La ley permite que sea la voluntad del hombre, manifestada en testamento, quien defiera la sucesión (art. 658), disponiendo para después de la muerte de todos los bienes o parte de

(47) *Ad rem*, de nuevo, CASTRO: op. ant. cit., y en las páginas dedicadas a la base del negocio, esp. pág. 325.

(48) Recuérdense las expresiones, ya citadas, de ALBALADEJO: op. cit., págs. 455-457, y M. ALONSO, anotaciones a PIETROBON, págs. 699-670.

(49) Cfr. ALONSO: op. últ. cit., págs. 700-708.

ellos (art. 667). He ahí un fenómeno jurídico: la sucesión; y he ahí su instancia ordenadora: el testamento. La voluntad del hombre es capaz de promulgar también en este campo la *lex (privata)*, cuya eficacia sancionará el Derecho (*lex testamenti*). Estamos, evidentemente, en el campo de lo que la dogmática moderna llama el negocio jurídico: el terreno en que la voluntad humana ordena y configura libremente relaciones de Derecho. Es claro que si tal relevancia se concede a la voluntad, ha de tratarse de la voluntad deliberada; la voluntad exenta de vicios. El ser comercial del testamento exige aquilatar en la *voluntas testantis* al menos como se aquilata en la voluntad apta para el consentimiento contractual o para los negocios jurídicos *inter vivos*. Esta es la razón que lleva a buena parte de la doctrina a admitir —ante el silencio del artículo 673— la aplicabilidad analógica al testamento de los artículos 1.265 y 1.266.

Pero interesa destacar que el argumento, desde el contrato al testamento, no discurre simplemente *a pari*. La razón de apreciación del error en los contratos es válida *a fortiori* para el testamento. Es este un dato que, impuesto por la naturaleza del mismo testamento, recoge incluso entre nosotros la práctica unanimidad de la doctrina (50). También la Jurisprudencia: la Sentencia de 24

(50) Cfr., e. c., SAVIGNY: *Sistema de Derecho romano actual*, vertido al castellano por JACINTO MESÍA y MANUEL POLEY, 2.^a ed., tomo segundo, página 330: "El error que descansa sobre la causa determinante del acto jurídico, no tiene en regla influencia acerca de su validez. Aun cuando la causa estuviere expresada y no tuviese fundamento (falsa causa), el acto no sería menos válido. Sólo para los testamentos existen muchos casos en que esta especie de error anula la disposición, no distinguiéndose si la causa se expresaba o no...". Id. en Ap. VIII, pág. 393: "El error ejerce una influencia más marcada sobre los actos jurídicos relativos al Derecho de sucesión que sobre las transacciones entre vivos", o pág. 395: "aun cuando el error tenga aquí más influencia que sobre los contratos, nos engañaríamos mucho si, traspasando los límites de los casos antes enumerados, se atribuyese la misma eficacia a toda clase de error..."; KAPP, en ENNECERUS, V, 1. Barcelona, 1976, pág. 256: "En el testamento no hay, frente al causante, ninguna otra persona que, confiando en el tenor literal de la declaración emitida, oriente su conducta según ésta; de ahí que, al considerar los errores en que ha incurrido el causante, la ley pueda proceder con mucha mayor magnanimidad que en los negocios entre vivos"; FLUME: *Algemeiner Teil... Das Rechtsgeschäft*, 1975, págs. 429-430: "Bei der Verfügung von Todes wegen ist die Problematik der Beachtung eines Irrtums grundsätzlich anders gelagert als bei dem Rechtsgeschäft unter lebenden. Durch das Testament gibt der Testator nicht einem anderen sein Wort hinsichtlich der testamentarischen Regelung. Bei der Verfügung von Todes wegen geht es vielmehr nur darum, den Willen des Testators hinsichtlich der von ihm getroffenen Regelung zu respektieren. Daraus ergibt sich mit Notwendigkeit, dass der Irrtum bei Verfügung von Todes wegen stärker beachtet werden muss als bei den Rechtsgeschäften unter Lebenden... Bei der Verfügung von Todes wegen geht es dagegen in jedem Falle um nichts anderes als um die Verwirklichung des Willens des Testators, und deshalb kann eine normative Bestimmung des Inhalts der Verfügung von Todes wegen entgegen einem anderen Verständnis des Testators, wenn dieses festzustellen ist, nicht in

de febrero de 1934 (51) afirma (aunque en relación con el *metus*) que «el negocio unilateral testamentario, inspirado en una noción de liberalidad... requiere mayor diaphanidad y limpieza en las voliciones electivas». La afirmación es *ratione sui* igualmente válida para el error, sobre todo si, como establece la Sentencia de 8 de julio de 1940 —fundamental y muy citada en materia de negocio o acto de última voluntad— el testamento constituye un acto de negocio jurídico que tiene como elemento esencial una declaración de voluntad sujeta a todas las reglas generales concernientes a las manifestaciones de voluntad con efectos jurídicos.

La unilateralidad, de una parte; la gratuidad, de otra (52), y,

Frage kommen". En la doctrina francesa puede verse, e. c., CAPITANT, Henri: *De la causa de las obligaciones*, trad. EUGENIO TARRAGATO Y CONTRARAS. Madrid, s. d., págs. 121-122. En Italia, STOLFI: *Il negozio giuridico e un atto di volontà*, Giur. it. 1948, IV, 41; PIETROBON: op. cit., página 678 (aun cuando habiendo mantenido antes una analogía entre testamento y contrato entendida en términos, al menos, discutibles): "se explica, por consiguiente, la inexistencia de todo límite a la eficacia invalidante de ciertos estados subjetivos, como la incapacidad de entender y de querer en el testador, a diferencia de lo que sucede para los contratos (art. 591. n. 3, C. c.). De este modo, la relevancia del error no puede aparecer subordinada a su reconocibilidad y tampoco, claro es á, a su excusabilidad". En nuestra doctrina, además de los autores citados en ALBALADEJO: op. cit., págs. 437-440, cfr. ROCA SASTRE, en anotaciones a ENNECCERUS., V. 1, cit., pág. 275: "Esta doctrina general... cabe considerarla aplicable a los testamentos... No obstante esta aplicación no puede ser absoluta, ya que entre el contrato y el testamento se dan fundamentales diferencias, debido principalmente al carácter del testamento de ser un negocio jurídico no recepticio y de estructura unilateral en el que domina prevalentemente la voluntad "al de otorgante"; LACRUZ-SANCHO: *Derecho de Sucesiones*, cit., pág. 461, a propósito del error obstativo: "Finalmente cabe preguntarse si una extrema restricción en la admisión del error obstativo tiene alguna justificación en la vida real: no parece haberla, ni ello se acordaría con la misión y naturaleza del acto de última voluntad"; CASTRO: op. cit., pág. 129: "Eliminadas entonces las dudas que han venido originando los artículos 673 y 743, queda por averiguar si la naturaleza del testamento como especial negocio jurídico, repugna que se aprecie el error del testador. El máximo respeto debido y reconocido a la voluntad del testador, inclina a que se tenga en cuenta el error que viciara esa voluntad...".

(51) Sentencia comentada por DÍEZ PICAZO: *Jurisprudencia civil*, III, Madrid, 1976, págs. 367-369.

(52) Cfr., a este respecto, especialmente, CAPITANT: op. cit., páginas 88-90: "...llegamos a concluir que la causa de un legado es la misma que la de una donación entre vivos... importa, no obstante, notar una diferencia de naturaleza entre los dos géneros de liberalidades, que produce aquí sus efectos. Pues en un caso la manifestación de voluntad es unilateral, mientras que el otro es contractual. Se deduce que no se puede emplear el mismo procedimiento para delimitar en cada uno de estos casos el contenido exacto de la volición. En presencia de un contrato, es a delimitación más difícil de hacer (sic); fácilmente se separa el contenido de la manifestación de voluntad de los motivos que la han precedido... En un contrato unilateral, como la donación, la manifestación de voluntad comprende el hecho de obligarse y además el fin, necesariamente conocido por el donatario que busca el donante... Pero esta delimitación no es posible tratándose de un legado, porque se encuentra entonces en pre-

siempre, como entre nosotros ha afinado Jordano (53), la peculiar naturaleza del acto de última voluntad, permiten y al mismo tiempo recomiendan, una mayor atención o, si se quiere, una atención más pura, a la voluntad del testador (*in testamentis voluntates testantium plenius interpretamur*, Paulo, Dig. 50, 17, 12), en la cual podrá valorarse el error con más fidelidad que en los contratos. El testamento es un negocio —dirá Roca Sastre (54)— no recepticio; en el testamento, efectivamente, no hay frente al causante ninguna otra persona que, confiando en el tenor literal de la declaración emitida, oriente su conducta según ésta; de ahí que, al considerar los errores en que ha incurrido el causante la ley pueda proceder con mucha mayor magnanimidad que en los negocios entre vivos (55). No juega en el testamento el límite que a la apreciación de la voluntad suponen en el campo de los negocios jurídicos *inter vivos* los principios de auto-responsabilidad y confianza (56). La voluntad, pues, del testador, sin correctivos ni atemperaciones *ab alteris*, es el fundamento único del

sencia de una voluntad única, y es muy difícil separar la voluntad del legante de los móviles que la han determinado... Resulta de estas observaciones que el motivo tiene en esta materia una importancia de que carece en los contratos...". También ALONSO PÉREZ, en PIETROBON, cit., páginas 507-508: "Es preciso insistir en que el gran problema que presentan los supuestos de error sobre el motivo determinante es la de su relevancia, porque resulta muy difícil probar la determinabilidad de las motivaciones. Su dificultad probatoria da lugar a que salgan fuera del ámbito causal. Por tanto, a que pocas veces, se presente la figura de la causa errónea. Los supuestos de excepción adquieren relieve en los actos jurídicos a título gratuito. Fundamentalmente en las disposiciones testamentarias...".

(53) JORDANO: *Interpretación del testamento*, Barcelona, 1958, páginas, esp., 37-42.

(54) ROCA SASTRE: op. cit., Ib.

(55) KIPP: op. cit., pág. 256.

(56) Cfr. PIETROBON, en el lugar ya citado, pág. 678: "se exp'ica, por consiguiente, la inexistencia de todo límite a la eficacia invalidante de ciertos estados subjetivos... la relevancia del error no puede aparecer subordinada a su reconocibilidad y tampoco, claro está, a su excusabilidad". FLUME: op. cit., pág. 331: "Für das Testament geht es nur darum, dass der Wille des Testators erfüllt wird. Danach wäre es sinnwidrig, das Testament in einer objektiven, durch 'Auslegung' ermittelten Sinndeutung gelten zu lassen, wenn diese nicht dem 'Gedanken' des Testators entspricht. Für eine Selbstverantwortung des Testators bei einer Verfehlung in der Publikation seiner Anordnung ist kein Raum. In der Gegenüberstellung von Testament und Rechtsgeschäft *inter vivos* tritt besonders klar in Erscheinung, welche Konsequenzen sich aus dem Wesen des Rechtsgeschäft als Akt der Selbstbestimmung ergeben, wenn der Gesichtspunkt der Selbstverantwortung nicht im Spiel ist". CASTRO: op. cit., página 130: "En el testamento, como ya se ha indicado, el error se tiene en cuenta en consideración al testador, y no se limita su eficacia atendiendo a la confianza que la declaración origina en quien la reciba y, así, a diferencia de los contratos, no juega en su respecto el principio de responsabilidad negocial. Por esta misma razón, no parece justificado que se haya sostenido y discutido sobre lo excusable del error, como requisito para darle valor jurídico".

testamento y el criterio exclusivo de su interpretación (57). ¿Cómo en tales condiciones no se ha de apreciar el error del testador, y en medida más amplia a lo que permite hacerlo la naturaleza y funcionalidad del contrato?

No se oponen a lo anterior, ni el carácter formal de la declaración de voluntad testamentaria, ni tampoco el *favor testamenti*. No el primero, toda vez que la forma testamentaria no es constitutiva, sino tan sólo —como perfectamente distingue Castro (58)— integrativa. Suscribimos plenamente las siguientes palabras de Albaladejo (59): «una cosa es que dicha voluntad no sea eficaz si no es manifestada con las formalidades requeridas por la ley, y otra, que, aun en el caso de que se observen esas formas en la declaración, pueda ser invalidado el negocio jurídico —inatacable por lo que a la forma respecta— por razón de la voluntad, pues si es cierto que la validez de la declaración formal requiere la observancia de la forma, no lo es menos que también requiere una voluntad real y no viciada». Tampoco es obstáculo el *favor testamenti*, pues con Lacruz-Sancho hay que reconocer que «sería muy dudoso favor el mantenimiento de una disposición testamentaria contraria a la voluntad del causante. La regla *favor testamenti* ha de entenderse como un obsequio a esa voluntad cuando el rito o las condiciones subjetivas no se llena exactamente, pero no como un culto injustificado a una hoja de papel escrita» (60). Y, para terminar: ¿qué sentido puede tener impedir la norma relevancia del error en el testamento, cuando su virtualidad encuentra fácil cauce a través del juego de la condición? Donde son posibles las determinaciones accesorias de la voluntad, allí mismo ha de reconocerse al error su influjo viciante de esa misma voluntad, alma y norma del negocio jurídico (61).

(57) Cfr., de nuevo JORDANO: op. cit., págs., esp., 79-85.

(58) Cfr. CASTRO: op. cit., pág. 280: "Ello no significa que la forma tenga en el testamento verdadero valor constitutivo; tiene valor integrativo". Cfr. también, pág. 129.

(59) ALBALADEJO: *El error en las disposiciones...*, cit., pág. 456.

(60) LACRUZ-SANCHO: op. cit., pág. 458. Por esta razón nos cuesta entender que, según propone ALBALADEJO: op. cit., pág. 438, nota 17, el Código disponga que prevalezca la voluntad del testador, entendiendo que tal voluntad es tanto la viciada por error propio como la no viciada.

(61) Al respecto, CAPITANT: op. cit., págs. 121-122, y en él, la alusión (nota 3) a la obvia observación de GAYO: hay un procedimiento muy simple para subordinar la eficacia de los legados a la exactitud del motivo indicado; consistiría en hacer del motivo la condición del legado. El testador debía solamente modificar su fórmula y decir: Yo lego a Ticio si ha gestionado mis negocios, en vez de: porque ha gestionado mis negocios.

IV

1. El peculiar ser negocial del testamento, no sólo no impide, sino que permite e incluso postula una apreciación del error más aquilatada y fina que en el contrato. Pero nuestro análisis debe desenvolverse ahora a otros niveles. No ya en el de la abstracción teórica de la naturaleza negocial del testamento, sino en el de su concreta plasmación en nuestro ordenamiento. ¿Habrá olvidado nuestro Código su inspiración fundamental al establecer la disciplina relativa al acto de última voluntad? Importa romper el cerco de los artículos 673 y 743. Aislados pueden ser ocasión de tropiezo; situados en el conjunto, adquirirán su propio valor y significado.

Efectivamente, precisión hecha en este momento de los artículos 767 y 773, es claro que el testamento que el Código civil permite dibujar es un auténtico acto de voluntad real —aunque necesitada del vehículo formal y solemne de su manifestación—, apta y deliberada; de tal forma que la sola declaración ritual no es bastante si lo que bajo ella subyace es una voluntad no apta o mal formada. Del mismo modo que si la declaración permite interpretar un contenido de voluntad distinto al objetivamente manifestado, será éste el que, en atención a la *voluntas testantis*, prevalezca sobre la declaración. Señalamos a continuación el fundamento de este enunciado.

Conviene comenzar por la Base 15 de las de la Ley de 11 de mayo de 1888. En ella se compendia el contenido fundamental de la disciplina relativa a la sucesión testamentaria, la cual habrá de establecerse —termina diciendo la indicada Base 15— «ordenando y metodizando lo existente, y completándolo con cuanto tienda a asegurar *la verdad* y facilidad de expresión en las últimas voluntades». Este es, pues, el criterio básico. La verdad de las últimas voluntades habrá de ser principio rector de la regulación del testamento. Ha de pretenderse la fácil expresión de la voluntad testamentaria, pero ésta no basta: es necesario, además, asegurar su verdad. He ahí unidas, como criterio rector, la realidad o verdad de la voluntad y la facilidad de su fiel manifestación. La expresión, a través de la esencial forma testamentaria, no es bastante si la voluntad manifestada no se corresponde con la verdad de la voluntad real.

El artículo 658 comienza a desarrollar este criterio: la sucesión se defiende *por la voluntad* del hombre *manifestada en testamento*; entonces se la llama sucesión testamentaria. La *voluntas testantis* es el alma de esta forma de sucesión, pero —evidentemente— no cualquier voluntad; ha de tratarse de una voluntad apta: la que deriva del *cabal juicio* del testador. Esta es la justificación de los artículos 662-666: ni los menores de catorce años —porque *no han entendimiento cumplido*, como dicen las Parti-

das (62)— ni quienes, teniéndolo, habitual o accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio, se consideran capacitados para testar; puede, en cambio, hacerlo el demente en intervalo lúcido (art. 665). Comentaba García Goyena (63): *Cabal juicio*: ... este punto es de jurisprudencial universal: de consiguiente el borracho, mientras lo está, no podrá testar. Ni —a *pari*— el que es víctima del propio engaño, añadiríamos nosotros.

Efectivamente, la voluntad testamentaria puede resultar afectada por el error en las dos formas en que el error puede producirse: error en la formación de la voluntad y error en su manifestación. En ambos casos la ley trata de superar el hecho del error para dar efectividad jurídica a la auténtica voluntad del testador.

Comencemos por el error obstativo. En la discordancia entre lo que realmente se quiere y lo que, para expresarlo, se declara, la ley manda atender a lo realmente querido, sin más límite, claro está, que el necesario de su cierta cognoscibilidad. Este es el sentido del artículo 675, precepto que cuenta con numerosas aplicaciones singulares.

En cuanto a las formas de disposición *mortis causa* se establece, e. c., que aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, *si su voluntad está clara acerca de este concepto*, valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia (art. 668). Victoria del espiritualismo sobre el puro ritualismo, que se reafirma en el artículo 768: el heredero instituido en cosa cierta y determinada será considerado como legatario. El contenido de la institución es índice más fiable de la *voluntas testantis* que el empleo del *nomen heredis* (64).

Al mismo criterio responden los artículos 772 y 773. De este último hemos de ocuparnos más adelante con mayor detenimiento.

También en orden al *contrarius actus* de la revocación puede encontrarse en el Código la norma de preferencia del contenido interno de voluntad real sobre la conducta significativa de una voluntad contraria; es el caso del artículo 742: se presume revocado el testamento cerrado que aparezca en el domicilio del testador con las cubiertas rotas o los sellos quebrantados, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autoricen. Sin embargo, dicho testamento será válido cuando se pruebe haber ocurrido el desperfecto *sin voluntad ni conocimiento del testador*, o hallándose éste en estado de demencia. En definitiva, pues, que cuando se yerra en la declaración o en la conducta significativa el Código

(62) Vid., ironizando sobre otras "elevadas" explicaciones de la norma, IHERING: *Bromas y veras en la jurisprudencia*, trad. de TOMÁS A. BANZHAF Buenos Aires, 1974, págs. 48-49.

(63) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Reimpresión de la ed. de Madrid, 1852, al cuidado de la cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza. Zaragoza, 1974, pág. 600.

(64) Sin que en este momento podamos ni debemos entrar en la polémica y conocida interpretación de los dos preceptos que acaban de indicarse.

civil toma en consideración el hecho del error para atender a la realidad de lo verdaderamente querido, aun cuando discordante de lo objetivamente declarado o manifestado.

¿Y respecto al error vicio; al error que interviene en la formación de la voluntad? También el Código cuenta con él como elemento que hay que valorar para privar de eficacia a lo querido por error o para dársela, cuando ello es posible, a la voluntad cierta al margen de la determinación errónea.

En esta línea conviene recordar en primer lugar el juego de la ineficacia de la disposición testamentaria en favor de un incapaz por causa de indignidad. Las causas de indignidad, dice el artículo 757, dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento o si, habiéndolas conocido después, las remitiere en documento público. Es decir, que el juego ordinario de la ineficacia de la disposición por causa de indignidad supone un acto de disposición, válido en sí mismo, pero realizado por desconocimiento de la causa, ya producida, de indignidad, o, al menos, en la ignorancia de la verificación, ulterior, de tal causa. El desconocimiento o error de la verificación del hecho determinante de la indignidad constituye la base de la ineficacia de la disposición en favor del indigno.

Igualmente el Código vuelve a ocuparse del error propio a propósito de la disposición condicional. Respecto a la condición causal o mixta dispone el artículo 796 que «si hubiese existido o se hubiese cumplido al hacerse el testamento, y el testador *lo ignoraba*, se tendrá por cumplida»; régimen distinto al previsto para el caso de conocimiento del mismo cumplimiento: «si lo sabía, sólo se tendrá por cumplida cuando fuese de tal naturaleza que no pueda ya existir o cumplirse de nuevo». El sentido de la regulación parece claro. En principio resulta extraño que el testador someta la eficacia de la disposición testamentaria al cumplimiento de una condición ya realizada; ¿cómo interpretar tal —posible— supuesto? Si, conociendo el testador la realización ya producida, la condición es iterable, se estará a su ulterior verificación. En cambio, si no es iterable y, siéndolo o no, si el testador *ignoraba* su anterior cumplimiento, se la tendrá por cumplida. Por lo que hace a la ignorancia —el punto que nos interesa— es claro que también en este caso es tomada en cuenta por el legislador para dejar sin efecto el juego de la condición. La disposición vale como pura y simple, más que por el hecho de que la condición efectivamente se cumplió, porque al añadirse ésta por desconocimiento de su verificación, no debe producir el efecto condicionante que en principio le sería propio.

También a un caso de error o ignorancia se refiere el artículo 798: la disposición se ordena en términos que no son realizables sin culpa o hecho propio del heredero o legatario. La ley no puede, naturalmente, imponer un cumplimiento imposible, pero sí que puede, superando la ignorancia o el error del testador y

persiguiendo su voluntad conjetural —o presunta, como la llama García Goyena (65)— ordenar tal cumplimiento en los términos más análogos o conformes a tal voluntad.

La preterición puede, igualmente, verse afectada de error: es la que hoy distingue el reformado (66) artículo 814 como preterición *no intencional*. En esta materia, por afectar la misma a la sucesión forzosa, los relieves de la voluntad pierden gran parte de su interés ante el juego propio de la ley imperativa. La preterición no perjudicará la legítima, aunque el juego de la nulidad de la disposición *contra legem* se reducirá al mínimo necesario: a salvo las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador, y en lo exigido para salvar aquéllas se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias. Con todo, el legislador entra a distinguir la preterición por ignorancia o error —no intencional— disponiendo que si la preterición comprende a todos los legitimarios se anularán todas las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial. En otro caso se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante —añade todavía el art. 814— la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas. Es claro a la vista de esta regulación que —aparte la descalificación legal de todo supuesto de preterición— el Código valora de forma específica la producida por ignorancia. En este caso hay una valoración del error que correlativamente determina una menor atención a la viciada voluntad testamentaria: la institución de heredero, en todo caso, e incluso la totalidad de las disposiciones de contenido patrimonial cuando todos los legitimarios resultan preteridos, pierden valor ante la ley; cosa que no ocurre —como hemos visto— cuando la preterición es consciente o intencional. El error se ha valorado de nuevo, y a la vista del mismo se ha interpretado o conjeturado —salvado el respeto a las legítimas— la que hubiera sido voluntad del testador exenta de error (67).

(65) *Concordancias...*, cit., pág. 381.

(66) Reforma que acoge en este punto lo que venía siendo propugnado por la doctrina más autorizada. Cfr., por todos, LACRUZ-SANCHO: op. cit., II, págs. 174-178.

(67) Cfr. en este sentido y sobre la base del originario artículo 814, PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, V, 3. Barcelona, 1964, página 208: "En el Derecho del Código civil, concretamente en su artículo 814, no hay duda que están equiparadas la preterición intencional y la que se ha realizado por error o involuntariamente. Sin embargo, se trata de actos sumamente diferentes. La base psicológica de lo realizado es tan distinta que probablemente debería reflejarse en una diferencia de efectos jurídicos. Cuando el testador prescinde a conciencia de un legitimario, el Derecho debería reaccionar rectificando estrictamente lo que el testador no debía hacer. Pero cuando el hecho de prescindir de los legitimarios deriva de que el testador desconocía su existencia, hay una firme base para presumir que el contenido del testamento no se ajusta a lo que el mismo testador hubiese dispuesto sin tan decisiva ignorancia".

Caso así mismo —éste muy citado en tal sentido— de ineficacia por causa de error propio es el de la nulidad del legado de coja ajena, ignorando el testador la ajenidad de la cosa (art. 862). A él puede asimilarse el del artículo 866: legado —que no produce efecto— de cosa que al tiempo de hacerse el testamento fuera ya propia del legatario; o el del artículo 873: si la cosa legada era propia del legatario a la fecha del testamento, no vale el legado, aunque después haya sido enajenada...».

En definitiva, pues, que —al margen de art. 767— el Código civil cuenta con el error propio como elemento que vicia la voluntad dispositiva del testador. Las consecuencias, no obstante, del error pueden ser distintas, según hemos tenido ya ocasión de apreciar y ahora conviene resaltar: mientras en determinados supuestos el error, como viciante de la voluntad dispositiva, hace ineficaz la disposición (arts. 757, 862, 866, 878), en otros casos —interferencia del *favor testamenti* y posibilidad de salvar la prevalente voluntad deliberada y exenta de vicio de su parcial determinación errónea— se mantiene lo querido sin error en los términos compatibles y permitidos por la realidad parcialmente distinta a la prevista (art. 798); o se trata de compatibilizar la voluntad imperativa de la ley con la presunta voluntad real del testador en los términos en que ésta se hubiera formado de no quedar afectada por el error o la ignorancia, como ocurre en el caso ya indicado de la preterición no intencional. En cualquier caso creemos que resulta suficientemente claro que en nuestro Derecho se toma en cuenta, como no podía ser de otro modo, el influjo del error, sea cuando éste se produce en la declaración o expresión de la voluntad testamentaria, sea cuando determina la anómala y viciada formación de la misma. A la vista de los preceptos que acaban de indicarse, los polémicos y desconcertantes artículos 673 y 674 no deben —pensamos— entenderse de forma que impidan reconocer al error en materia de testamentos la eficacia que la regulación del mismo testamento impone de modo claro e indiscutible.

2. ¿Cómo explicar entonces el silencio respecto al error en los artículos 673 y 674? Efectivamente, hay que reconocer que un tal silencio resulta, a primera vista al menos, desconcertante; sobre todo si su lectura se hace desde la perspectiva mental de la reunión sistemática de los vicios de la voluntad negocial según la pauta que, para la disciplina del contrato, marca el artículo 1.265. ¿Significa tal silencio —como entiende, fundamentalmente, Albaladejo (68)— exclusión deliberada del error como factor de inefi-

(68) ALBALADEJO: *El error en las disposiciones...*, cit., págs., esp., 433-434: "Queda, pues, excluido el error... Aparte de la posibilidad que exista de aplicar la no inclusión del error en el artículo 673, suponiendo estimó el legislador que violencia, dolo y fraude vicien el testamento entero, por creer que afectan a todo él y no a disposiciones aisladas —lo cual no nos es preciso dilucidar para resolver nuestro problema— es lo cierto que

encia de la voluntad testamentaria? Creemos que no. Como tampoco pensamos que se trate de simple olvido (69): el legislador contó con el error, como hemos podido ya ver y hemos de comprobar con mayor detalle y detenimiento. El silencio del artículo 673 puede responder a otra razón. Es que el precepto no trata de hacer una académica o sistemática —por tanto, completa— enunciación de los vicios de la voluntad testamentaria; ni respecto al testamento en general, ni tampoco respecto a las concretas y singulares disposiciones testamentarias (70). Lo que el artículo 673

no lo incluyó. Y esa no inclusión no es sospechable que fuese un lamentable olvido, productor de una laguna legal, sino que, por el contrario, muestra claramente una decisión: la de no hacerlo. Es palpable que este parecer lo abonan: 1.º El que se adoptase la postura contraria en los contratos (art. 1.265, que incluye el error). 2.º El que se considere el error como causa de invalidez de ciertas disposiciones testamentarias. Ambas cosas prueban que el legislador lo tuvo suficientemente presente para no ser presumible un olvido involuntario, sino, más bien, una omisión consciente. Y no solamente no se quiso hablar de invalidez del *testamento entero* por causa de error (teniendo presente que éste puede afectar, y por lo general afecta, sólo a disposiciones aisladas, sino que aún se quiso más: que las propias disposiciones testamentarias sólo se invalidasen por su causa en supuestos concretos y seguros. 3.º El que tampoco olvidase el legislador en otros casos, en los que quiso ordenarlo, que el error vicia el consentimiento...”. Se insiste, resumidamente, en la misma interpretación, en *De nuevo...*, cit., págs. 466-467. Interpretación que comparte, como ya hemos tenido ocasión de indicar, M. ALONSO PÉREZ, en anotaciones a PIETROBON, págs. 699-700: “El artículo 673 es un precepto tajante, sin posibles escapes, que contiene una enumeración cerrada, imposible de ampliar por analogía con los artículos 1.265 y 1.266 del C. c. ... El error no se menciona en el artículo 673, y si aún quedara alguna duda sobre un posible olvido del legislador, a continuación, el artículo 674 vuelve a redundar en el *numerus clausus* (dolo, fraude o violencia): sería absurdo pensar que el legislador, en dos artículos consecutivos, no hiciera mención del error por puro olvido, considerándolo implícito en ambos preceptos... Dos preceptos —los arts. 673 y 674— que, en relación con el artículo 743, nos indican que el legislador *conscientemente* estimó irrelevante el error en las disposiciones testamentarias”.

(69) Explicación propuesta en ocasiones. Cfr., e. c., ROCA SASTRE: op. cit., pág. 277: “Es preferible sostener que el silenciamiento, por el Código, del error en el contenido de las declaraciones testamentarias, más que una omisión intencionada o de sentido excluyente, implica una laguna o insuficiencia normativa que debe colmarse o satisfacerse por aplicación analógica o interpretación extensiva del artículo 1.265”.

(70) Restricción ésta, del influjo del error a las concretas disposiciones, que se ha presentado a veces como explicación de la exclusión del error en el artículo 673. Ya MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, V, 7.ª ed. corregida, aumentada y puesta al día por PASCUAL MARÍN PÉREZ, Madrid, 1972, pág. 572, decía: “... Por ahora nos basta indicar que los artículos que comentamos, y especialmente el primero de ellos, sólo se refieren a la violencia, fraude o dolo, dejando los efectos del error para el artículo 767, por no tener la generalidad de aquéllos”. Más explícito, ROYO MARTÍNEZ: *Derecho Sucesorio*. Sevilla, 1951, págs. 121-122: “Salta a la vista la omisión en este artículo de la figura del error, pero es explicable, ya que si éste puede jugar importante papel en cuanto a las disposiciones contenidas en el testamento, respecto del acto en sí, sólo podría intervenir en muy improbables hipótesis, como *error in negotio*, lo que

se propone es garantizar la esencialísima libertad del testamento. Para ello protege al testador respecto a cualquier influjo exterior que pudiera interferir en la libre determinación de la voluntad testamentaria. Este punto de vista es el que da razón de la referencia sólo a la violencia, dolo o fraude: todos ellos proceden *ab extrinseco*, y como tales influjos exteriores sobre la libertad del testador son condenables en sí mismos, sin necesidad de atender al hecho de que tales influjos hayan llegado a interferir, o no, efectivamente, en el contenido de la disposición testamentaria (71). El error, por el contrario, es espontáneo en su producción: interfiere en el recto proceso de formación, o en la fiel y exacta mani-

implicaría inexistencia de verdadera voluntad de testar". Explicación que para CASTRO: op. cit., págs. 128-129, constituye una "aguda observación (que) cambia el planteamiento de la cuestión y permite considerar aparte el error sobre lo dispuesto en cada cláusula testamentaria". No obstante observa ALBALADEJO: *El error...*, cit., pág. 444, nota 30, y creemos que con razón, que la observación hecha respecto al error podría valer igualmente para el dolo o fraude: "Nos parece que respecto a la violencia se puede afirmar que, en efecto, vicia el testamento entero, aunque, por ejemplo, al violentar no se haya querido nada más que la inclusión, supresión o modificación de una determinada cláusula, habiéndose respetado, en lo referente al resto del testamento, la voluntad del testador. Opinamos así porque afecta la violencia, también, el acto del testador por el que hace suya la declaración testamentaria —por ejemplo, la firma del documento—, y aunque realmente hubiese hecho suya tal declaración, exceptuada la cláusula de que hablamos en el ejemplo anterior, aun sin ser violentado, es lo cierto que el acto antedicho no es libre. No nos atreveríamos a afirmar lo mismo del dolo o fraude, por parecernos concebible que afecten exclusivamente a parte del testamento".

(71) Aspecto éste perfectamente indicado por BADOSA, en la puesta al día de las anotaciones de ROCA SASTRE a ENNECERUS, V, cit., págs. 275-276: "El artículo 673 es menos extenso que el artículo 1.265, ya que solamente se refiere a vicios que resulten de una indebida intromisión de un tercero en la testamentificación del causante. Los vicios de la voluntad del artículo 673 se reconducen realmente a vicios en la libertad de testar (arg. *ex* arts. 673 y 674, que los relacionan con el acto de otorgamiento). Y ello hasta el punto que el artículo 673 prescinde de que el vicio haya afectado o no al contenido de la institución, de modo que se debe aplicar aún en el caso hipotético de que tal contenido coincidiera con el que el testador hubiese querido, de actuar libremente". Y continúa BADOSA en los siguientes términos, discutibles ya en algún punto: "El artículo 673 no menciona, en cambio, el error. Entre éste y los supuestos del citado artículo se pueden señalar tres importantísimas diferencias: En primer lugar, su localización: los vicios del artículo 673 se ubican en el acto de otorgamiento, mientras que el error lo hace en el contenido de una concreta institución testamentaria (arg. *ex* art. 767, 1). En segundo lugar, su valoración, los vicios del artículo 673 se toman en cuenta por el mero hecho de su existencia determinante, el error, en cambio, sólo cuando su existencia resulta del propio contenido testamentario (arg. *ex* art. 675, 1 final y 767, 1). De estas dos características del error, se desprende la tercera y más importante: el error no actúa como vicio del testamento, sino que su tratamiento jurídico se inserta en el tema, más general, de la interpretación del mismo". Es en esta última consecuencia donde disentimos, obviamente, del pensamiento de BADOSA COLL.

festación de la voluntad, pero sin que suponga intervención alguna de nadie en la persona del testador.

Que el indicado es el punto de vista que adopta el legislador en el artículo 673, resulta suficientemente claro de la conexión de este precepto con el que inmediatamente le sigue. En él la atención se centra —para condenarla— en la conducta manipuladora de la voluntad testamentaria ajena: «el que con dolo, fraude o violencia impidiere que una persona de quien sea heredero *ab intestato*, otorgue libremente su última voluntad, quedará privado de su derecho a la herencia, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que haya incurrido». Evidentemente el error —por su peculiar espontaneidad— queda fuera de esta perspectiva; como lo está de la de los artículos que constituyeron el precedente inmediato de nuestros 673 y 674 (72) y lo estuvo en nuestro Derecho histórico de la ley 29, título 1, de la Partida sexta (73). Admitido esto, nada de extraño tiene ya la omisión del error en el artículo 673, ni de ella puede concluirse que el error deje de tomarse en cuenta como vicio de la voluntad testamentaria; mucho menos cuando con la referencia a la violencia, dolo o fraude se pretende completar la disciplina —en este punto lagunosa— proyectada en 1851, en la cual, sin embargo, hay clara constancia de la admitida trascendencia viciante del error (74). En este punto, pues, no era necesaria norma nueva complementadora.

En definitiva, que el error, aun cuando coincidente como vicio de la voluntad con la violencia o el fraude, tiene su propia feno-

(72) Sin precedentes en el Proyecto de GARCÍA GOYENA, el Anteproyecto de 1882-1888 aduce como tales los artículos 1.748 del antiguo portugués y 1.007 del de Chile, respecto del actual 673 (668 del Anteproyecto), y el 1.749 portugués respecto al actual 674 (669 del Anteproyecto). Con alguna pequeña diferencia —tan sólo terminológica— el contenido de los artículos del Anteproyecto y los actuales del Código es coincidente. Sus preceptos inspiradores dicen así: Los del 673: 1.748 portugués: “Es nulo el testamento arrancado por violencia o captado por dolo o fraude”; 1.007 de Chile: “El testamento en que de cualquier modo haya intervenido fuerza es nulo en todas sus partes”. Respecto al 674, el 1.749 portugués: “El que por dolo, fraude o violencia impidiere que alguna persona haga sus últimas disposiciones será castigado con arreglo a la ley penal; y cuando sea heredero *ab intestato* quedará, además, privado de su derecho a la herencia, que pasará a las personas a quienes correspondiera si tal heredero ya no existiese”.

(73) Ley XXIX. “Como aquel que embarga el que quiera fazer testamento, que non lo faga, deve pechar doblado, el que lo fizo perder, aquellos a quien el testador quería mandar algo. Voluntad auiedo algund ome de establecer a otro por heredero en su testamento, o de mandarle alguna cosa en el: si otro tercero le embargasse por fuerza, o por engaño, que non lo fiziesse; si el embargo, o el engaño podiesse ser provado: deve aquel que lo fizo pechar al otro a quien deve ser fecha la manda, doblado, todo aquello que fizo perder por tal razón como esta.”

(74) Fundamentalmente en el artículo 721 del Proyecto, modificado en parte en la redacción del definitivo y actual 767. En el Proyecto de 1851, y según explicaba GARCÍA GOYENA: op. cit., pág. 384, la relevancia del error es “la regla general”.

menología (de ahí la distinción y el diferente tratamiento del error y del dolo) (75) y es ésta —perfectamente señalada por Trabucchi en sede de tratamiento general del error (76)— la que da razón de su no inclusión —dada la perspectiva del precepto— en los artículos 673 y 674. Lo que de ahí no puede concluirse en ningún modo es que deje, por ello, de ser y actuar como vicio de la voluntad testamentaria en el caso del error propio, o como supuesto de discordancia entre voluntad y declaración, en el del error obstativo; merecedor en ambos casos de la atención que el ordenamiento presta a toda causa de malformación de la voluntad o de inexacta expresión de la misma. Los artículos 673 y 674 no tienen como misión propia la de enumerar completa y sistemáticamente los vicios de la voluntad testamentaria. Esa es función de la doctrina, sobre la base —eso sí— del dato legal; y nuestra ley —recuérdese la serie de artículos más arriba relacionados— permite la afirmación de la influencia viciante del error. Con tales artículos debe integrarse el 673; del conjunto podrá obtenerse la enumeración completa de los vicios de la voluntad testamentaria.

A la luz de lo hasta ahora dicho desaparece también la dificultad que a la relevancia del error en esta sede pudiera suponer el artículo 743: los testamentos serán ineficaces —por lo que a nosotros ahora interesa— en todo o en parte sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código. Para algunos este precepto supondría un obstáculo insuperable contra la relevancia del error (77); para otros se trata sólo de una dificultad superable,

(75) Cfr. especialmente CASTRO: op. cit., págs. 148-49: "El concepto de dolo, como engaño que induce al error del declarante, ha sido aceptado de modo tan general que puede parecer temeridad ponerlo en duda. Sin embargo, si se van examinando con atención las decisiones de los tribunales, antiguas y modernas, no podrá menos de advertirse que se consideran viciados por dolo negocios jurídicos en los que no hubo error, sino indebida influencia sobre la voluntad de quien declara... Además, la mecánica del dolo, en cuanto vicio de la voluntad, se diferencia en su misma raíz de las propias del error y del miedo. En estos dos últimos se tiene en cuenta sólo la situación de quien declara (ha caído en error, está amedrentado), en el dolo la atención se centra en el carácter reprochable del actuar insidioso de quien induce a la declaración..."

(76) TRABUCCHI: op. cit., pág. 667: "La figura dell'errore si distingue pero da quella degli altri due vizi del volere, poiche per l'errore il diritto tiene conto solamente della volonta del dichiarante, mentre per gli altri e presuposta anche la considerazione del contegno di un soggetto estraneo (autore della minaccia o del raggio). ...l'errore si distingue sempre sostanzialmente almeno in cio, che quando l'errore non fu causato dal dolo, produce invalidita soltanto se cade in a cuni elementi piu importanti del negozio, mentre quando venne provocato da dolo, produce invalidita anche se cade su semplici motivi o elementi non obiettivamente essenziali... se tratta de due vizi distinti, ciascuno dei quali richiede diversi presupposti."

(77) Principalmente, ALBALADEJO: *El error...*, cit., pág., esp., 443: "Pero en nuestro Derecho basta ese artículo 743 para deshacer la tesis de que se aplique a las disposiciones testamentarias lo establecido para el caso de error en los contratos...". Insiste, resumiendo, en *De nuevo...*, cit., págs. 466-468.

bien porque el régimen del testamento pueda integrarse —dada la unidad sustancial del negocio jurídico— desde la disciplina del contrato (78), bien porque, sin necesidad de remisión genérica fuera del Libro III del Código, el artículo 743 por sí sólo se considere inoperante (79); bien, final y simplemente, porque se considere posible una interpretación del precepto no atendida a su rigor literal (80). En realidad, y según entendemos, el artículo 743 no representa dificultad de ningún tipo, ya que su conjugación sólo con el artículo 673 (que no pretende una enumeración completa de los vicios de la voluntad testamentaria) es improcedente. El artículo 743 ha de referirse también a cuantos preceptos valdrían el error, en sus distintas formas, como causa de ineficacia de las disposiciones testamentarias. Entre ellos el artículo 767 es el más general y representativo, pero no —ciertamente— el único, según hemos tenido ya ocasión de comprobar. El 743 no impide la apreciación del error en el testamento simplemente porque éste es contemplado expresamente como causa de ineficacia en la regulación del mismo testamento.

(78) Así, MANRESA: op. cit., pág. 944: "Cuando tratemos de los requisitos esenciales de los contratos, y especialmente del consentimiento, expondremos la explicación de dichos conceptos, imitándonos por ahora a indicar que todos aquellos testamentos en que haya mediado alguna de las causas expuestas, serán otras tantas disposiciones testamentarias en que no surten efectos por expresa declaración de la ley"; CASTRO: op. cit., pág. 129: "Este precepto (el art. 743) abre la cuestión de si la ineficacia de las disposiciones testamentarias está expresamente prevenida en el Código. La respuesta será afirmativa si se admite el concepto de negocio jurídico y con él la aplicación —en cuanto lo permita la naturaleza de cada negocio— de las disposiciones de su libro IV (art. 1.090), y, entre ellas, la del artículo 1.265. Eliminadas entonces las dudas que han venido originando los artículos 673 y 743...".

(79) LACRUZ: op. cit., pág. 464: "En mi opinión, el artículo 743 sería inoperante por sí solo", y 458: "En mi opinión —distinta ahora de la que mantuve en otro tiempo— la fijación del elenco de los vicios de la voluntad y la declaración ha de hacerse prescindiendo del artículo 743, si bien ello no arguye la aplicación indiscriminada de los artículos 1.265 y ss. al acto *mortis causa*, dada la distinta situación de intereses en uno y otro supuesto". Inmediatamente —pág. 457— ha dicho: "Hay que entender —se alega— que los casos expresamente prevenidos en este Código, a que el artículo se refiere, son los mencionados en el título tercero del tercer libro, ya que de otro modo la disposición sería prácticamente inútil. La conclusión no es segura. Hay muchos supuestos de falta de requisitos formales no sancionados expresamente por el C. c. con la nulidad del testamento, y el precepto podría referirse útilmente a ellos."

(80) Cfr. DE DIEGO: op. cit., pág. 261: "Grande es el favor que se dispensa a las últimas voluntades, pero no autorizada a que se entienda el artículo 743 en el rigor literal de los términos, por lo que, conformes con el doctor SÁNCHEZ ROMÁN, creemos que serán nulas e ineficaces, no sólo cuando la ley expresamente lo declare, sino también cuando, sin esa declaración, resulte inconciliable la validez de los mismos con los requisitos esenciales e indispensables exigidos por el Código para ellas".

V

Superadas las dificultades que con frecuencia se oponen a la relevancia del error en materia de testamentos, procede a continuación detenerse en el estudio de su tratamiento. Y para ello conviene atender al artículo 773 como norma, la más representativa, si bien no única (81), acerca del error en la declaración, y al artículo 767, como precepto más general, y tampoco único (82), sobre el error determinante de una voluntad malformada. La distinción entre error obstativo, impropio o en la declaración y error propio, vicio, o en la formación de la voluntad es hoy una distinción ya consagrada en la dogmática del error (83), y que en el testamento permite, además, trazar con nitidez la línea divisoria entre dos regímenes diferentes: al suponer el error obstativo simple error en la declaración, y al atenderse exclusivamente en el testamento a la *voluntas spectanda* o *voluntas testantis*, es posible, corregida por la interpretación la declaración errónea, atender al contenido de voluntad, real y sana, del testador para reconocerle su propia eficacia jurídica. El error vicio, por el contrario, al suponer *malformación* en la voluntad testamentaria, abrirá paso a la impugnación de la misma (84).

(81) Recuérdense los ya vistos artículos 668, 675, 768, 797, 742.

(82) Vid. arts. 757, 796, 798, 814, 862, 878.

(83) No vemos lugar, fuera de ella, al tercer tipo de error a que —quizá confundiendo error determinante y error en los motivos— se refiere ROCA SASTRE: op. cit., pág. 276: “Dicho artículo 673 no alude al error como causa de invalidación de los testamentos, por bien que el C. c. se refiere al error obstativo (art. 773 y S. 23 mayo 1935) y al error en los motivos (art. 767, ap. 1). Queda, pues, por completo silenciado el error propiamente dicho, esto es el que recae sobre el contenido de la declaración, influyendo sobre el contenido de la voluntad”. Comprende la indicada clasificación la que, más analíticamente, propone CASTRO: op. cit., págs. 127-128: “La dificultad que ya de por sí encierra la cuestión sobre la naturaleza del error en el testamento, se acrecienta por el hecho de que, con esa misma frase, se alude a situaciones dispares. En efecto, el error puede darse respecto a la declaración misma y a lo declarado. El error en la declaración puede resultar de que se firme el texto de un testamento, creyendo se trata de otro documento (por ejemplo, persona de mala vista que no advierte el cambio del documento que firma y que lo guarda en la plica como testamento cerrado), o que se firme creyendo no tiene valor de testamento (de mera carta, de condicionado al consentimiento del otro cónyuge aragonés, para que sea mancomún). El error sobre el contenido puede resultar de equivocación en la expresión, de dar a ésta un sentido ajeno al uso del lenguaje y también del no existir, o ser de distinto carácter el hecho que determina la disposición testamentaria (motivo causal o determinante) o que así resulta ser antes de fallecer el causante (atendible como voluntad presunta). A su vez, el error considerado puede haber sido determinante del testamento (cuestión de la ineficacia del testamento) o de alguna de sus cláusulas o disposiciones (cuestión de la ineficacia parcial o de la corrección del texto del testamento)”.

(84) Diferencia indicada, e. c., por KIPP: op. cit., pág. 257: “Así se

1. Error obstativo: artículo 773.

Distinto el error obstativo del error propio por cuanto el primero recae sobre la declaración, no sobre la formación de la voluntad, recibe en el Código, más claramente en sede de testamento, tratamiento específico; y es que, justamente en la regulación del testamento, donde el juego de la voluntad negocial es más puro, es posible hilar más fino en torno al significado y a la disciplina del error (85).

Efectivamente, sin necesidad de entrar aquí en detalles sobre la historia de la más neta distinción entre el error obstativo y el error vicio, ni en precisiones sobre el acotamiento de una y otra forma de error (86), si conviene resaltar el fundamental e indiscutido dato diferenciador: el llamado error obstativo o impropio (Savigny) es un error en la declaración (87), mientras que el error propio incide en la formación de la voluntad negocial (88). Diferencia que interesa retener y destacar pues, como tuvimos ya

explica, sobre todo, la *solución*: puesto que la impugnación hace valer un vicio de la voluntad, su consecuencia es la *aniquilación* de la disposición de última voluntad; no se intenta introducir una regulación positiva que correspondiera a la voluntad que hubiera tenido el causante de haber conocido plenamente las circunstancias". Con mayor detalle y determinamiento, SATTI, Fausto: *Intorno al errore sul motivo nelle disposizioni testamentarie*. Giur. it. 1948, I, esp. 270: "Una simile ricostruzione della volontà del defunto e possibile solo in quanto si tratti di errore sulla dichiarazione... Si ricerca *che cosa* il dichiarante *ha voluto*, e si attua questa volontà nel suo reale contenuto, senza che sia necessario passare per il previo annullamento della disposizione. Invece, nel caso di errore sul motivo, l'indagine sarebbe rivolta a *quel che avrebbe voluto* il dichiarante, in luogo di ciò que ha voluto per errore, e sarebbe diretta a sostituire quella ipotetica volontà alla volontà realmente formatasi, se pure in modo viziato, dopo l'annullamento di questa".

(85) Aun cuando, como indica LACRUZ —*Derecho de Sucesiones*, cit., pág. 459— "tampoco el error obstativo es objeto de una consideración genera. por el C. c.", creemos, con ALONSO, en PIETROBON, cit., pág. 494, que es factible encontrar su previsión legal a través de los arts. 1.281, 675 del C. c., e incluso en el art. 773,1".

(86) Cfr., para ello, la bibliografía general, ya citada, y más inmediatamente, las páginas 493-498 de M. ALONSO, en PIETROBON, cit., o 33-39 de *El error sobre la causa*, también repetidamente citado.

(87) Así se identifica este tipo de error en el artículo 1.433 del *Codice*: "Le disposizioni degli articoli precedenti si applicano anche al caso in cui l'errore cade sulla dichiarazione/". La denominación es aquí más exacta y ceñida que la empleada en el BGB, § 2.078 al hablar de error en el contenido de la declaración. "...der Erb assen über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtume war oder eine Erklärung dieses inhalt überhaupt nicht abgeben wollte...".

(88) ALONSO, anotaciones a PIETROBON, pág. 493: "Empleamos la expresión *error determinante o motivante* (llamado usualmente motivo o vicio) para indicar la falsa representación que 'motiva' una defectuosa formación de la voluntad negocial. Reservamos la expresión *error obstáculo* (obstativo o en la declaración) para aludir a la representación equivocada que impide u obstaculiza una adecuada manifestación volitiva".

ocasión de ver, no faltan hoy quienes, a partir sobre todo de la identificación de régimen de ambas formas de error en la disciplina del contrato, tratan de minimizarla o incluso de negarla con alcance general: la distinción en el proceso volitivo de fases distintas, una de formación de la voluntad, otra de manifestación de la voluntad formada, sería —se dice— artificiosa y escasamente fiel a la realidad. Creemos que en realidad, más que excesos de análisis psicológico en la distinción, lo que sobra es torpeza y confusión de puntos de vista en la opinión que la niega (89). El distinto objeto del error da significación diferente a cada una de las hipótesis: sólo en el error propio hay auténtico vicio o malformación de la voluntad negocial (90); en el error obstativo la voluntad inexacta o infielmente expresada —como exenta de vicio en su formación— es una voluntad apta de suyo, si es reconocible, para producir efectos negociables. El error obstativo, por tanto, lo que propiamente plantea es un problema de interpretación (91): si a través de la errada expresión puede descubrirse el

(89) Para la negación, cfr. BARCELLONA: *voz Errore*, cit., páginas 255-257. Por la validez de la distinción, e. c., MESSINEO: *Il contratto in genere*, Z. Milano, 1972, pág. 340, nota: "Nel senso della totale identificazione fra errore obstativo ed errore-vizio, si pronunziano altri Autori (Scognamiglio... e Barcellona...) argomentando che le due figure non differiscono nell'intrinseco, in quanto l'una e l'altra hanno, come effetto, che il contratto non è voluto; e quindi, essi sarebbero stati giustamente assimiati dall'art. 1.433. L'assunto non è accettabile per ragioni strutturali e funzionali; in un caso (errore obstativo), non è voluta addirittura la dichiarazione di una delle parti (l'errante non vorrebbe dichiarare affatto, o, rispettivamente, dichiarare nel modo in cui dichiara); mentre, nell'altro caso (errore-vizio) la dichiarazione è voluta ed è voluto anche il contratto, sebbene la volontà negoziale dell'errante si sia formata viziosamente, su altre parole, i due citati Autori non si sono accorti che proprio la legge, dando dell'errore obstativo una nozione impeccabile, descrivendo tale figura come errore che colpisce la dichiarazione del soggetto (errante), volendo dire che quest'ultimo dichiara, ma senza volere (difetto dalla volontà di emettere quella dichiarazione); onde, la dichiarazione esiste, soltanto nella sua materialità; non in senso giuridico; laddove, l'errore-vizio si concreta in un'incidenza sulla formazione della volontà negoziale; pertanto, in ciascuno dei due casi è colpita una diversa volontà. Circostanza, questa, che costituisce il punto centrale della situazione e della distinzione...".

(90) Como indica ALONSO: *El error sobre la causa*, cit., pág. 59, refiriéndose al error en la declaración, "la causa en tal caso existe y no ha sido objeto de equivocada representación; simplemente se da una falsa demonstratio, incorrecta designación de lo querido, que no perjudica (non nocet)... Deberá estarse, siempre que no haya causa errónea, por la subsistencia del negocio realmente querido". Idea en la que insiste SATTI: op. et loc. ant. cit.

(91) Así, expresamente, en el artículo 2.203 del C. c. portugués: "Se o testador tiver indicado erroneamente a pessoa do herdeiro ou do legatario, ou os bens que são objecto da disposição, mas da interpretação do testamento for possível concluir a que pessoa ou bens ele pretendia referir-se, a disposição vale relativamente a esta pessoa ou a estes bens". En la doctrina, cfr. MANRESA: *Comentarios...*, VI, 1, 8.^a ed. Madrid, 1973, puesta al día por MARTÍNEZ CALCERRADA, pág. 197: "Este precepto —dice a propósito del artículo 773— se funda en el respeto que merece la vo-

verdadero contenido de la voluntad, nada hay de parte de ésta que impida su toma en consideración como voluntad rectora de una determinada relación jurídica. Es esto posible en el testamento, donde la peculiar naturaleza del acto de última voluntad permite atender sólo a la *voluntas testantis*, sin las limitaciones impuestas en el contrato desde las exigencias del *affidamento* de la contraparte (92). Sin necesidad de especial *favor testamenti*, el

luntad del que ordena la distribución de sus bienes para después de su muerte y, relacionándolo con el 675 —que tampoco anula la voluntad del testador por la desconformidad que puede haber a veces entre el sentido literal de sus palabras y la verdadera intención—, dice la Sentencia de 7 de enero de 1928 que da margen a la función interpretativa y que ha de ejercitarse en buena regla de hermenéutica a favor de la eficacia de la disposición, siempre que sea posible”; JORDANO: op. cit., págs. 53-55: “Por las razones expuestas, a nuestro modo de ver, el artículo 773 está también subordinado... a la norma fundamental del artículo 675, y se refiere a un caso de error en la declaración (designación de heredero o legatario)... admitiendo el recurso a la prueba extrínseca para rectificar dicho error mediante la interpretación (mal llamada correctora) siempre que la voluntad real descubierta por el intérprete encuentre todavía algún apoyo en a declaración testamentaria; en caso contrario, el error en la declaración invalida la disposición. Así entendido el artículo 773 es también, en parte, desarrollo y aplicación del artículo 675, respecto del que no constituye ninguna regla excepcional...”; PUIG BRUTAU: op. cit., V, 2, págs. 172-173: el error obstativo o en la declaración “existe cuando el testador no declara —no lo declara por lo menos de forma indudable—, lo que ha querido, sino otra cosa diferente, suscitando con ello un problema de interpretación.”

(92) Cfr., sobre todo, JORDANO: op. cit., págs. 17-43, esp. 39-40: “A diferencia del acto *inter vivos*, que por su misma naturaleza y estructura está siempre destinado a originar una situación que incide o tiene relevancia al mismo tiempo tanto en la esfera jurídica de su autor como en la de uno o más terceros determinados o indeterminados —arguye GIAMPICCOLO—, el negocio de última voluntad, dada su irrelevancia jurídica externa *ante mortem*, está cualificado por la ausencia de contrainte-resados; no tiene ni se dirige a crear ninguna relación intersubjetiva entre el disponente y los terceros que de algún modo vincule o interese correlativamente a varias personas vivientes; es hecho esencialmente para ordenar los intereses propios de su autor para caso de muerte; regu a, en fin, un interés personalísimo en el que no hay posible sucesión por parte de nadie después de la muerte del sujeto mismo. De ahí que cualquier expectativa extraña que, una vez muerto el *auctor*, se reconduzca al acto, no puede ser tenida en consideración ni merecer tutela, sino subordinadamente al hecho de que el mismo acto se reconozca ante todo coincidente con la determinación y el intento efectivos de su autor”. También, FLUME: op. cit., pág. 430: “Daraus ergibt sich für die Verfügung von Todes wegen, dass für eine Anfechtung wegen Irrtums über den Inhalt der Erklärung oder in der Erklärungshandlung sehr weniger Raum ist als bei den Rechtsgeschäften unter Lebenden. Eine Anfechtung nach § 2.078 Abs. 1 wegen Irrtums über den Inhalt der Erklärung oder in der Erklärungshandlung kommt nur in den Fällen in Frage, in denen feststeht, dass der Testator sich geirrt hat, sich aber nicht ermitteln lässt, in welchem Sinne der Testator von Todes wegen zu verfügen gemeint hat”. En este sentido, estimamos excesivamente forzado y sumamente discutible el intento de PIETROBON: op. cit., págs. 669-678, por extender al máximo la analogía del contrato al testamento y del testamento al contrato.

descubrimiento, tras su errónea expresión, de la verdadera voluntad, abre cauce a su eficacia; en caso contrario, la imposibilidad de reconocer la auténtica voluntad condena a ésta —no por sí misma, sino por no poder llegar a ser conocida— a la ineficacia (93).

El indicado es el sentido del artículo 773. Recogiendo y aplicando a vieja máxima *falsa demonstratio non nocet* (94), establece el precepto que el error en el nombre, apellido o cualidades del heredero no vicia la institución cuando de otra manera pueda saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada. Si tal conocimiento es imposible, el error —siguiendo la terminología legal— viciará la institución (95).

La norma, referida concretamente a la institución de heredero, pero extensible analógicamente a otros supuestos de errónea declaración testamentaria (96), supone, en el común sentir de

(93) Para TRABUCCHI: op. cit., págs. 669-670, operaría aquí el *favor testamenti*: "E certo un'eccezione ai principi generali sulla dichiarazione di volontà, e sulle conseguenze della non corrispondenza fra l'elemento interno e quello esterno, ma può intendersi anche semplicemente come una forma di interpretazione correttiva, determinata dal principio del *favor testamenti*, poiché per volontà dei testatori l'annullamento sarebbe irreparabile, dato che essi *iam a'iud velle non possunt*". Creemos que no hay que recurrir al *favor testamenti* para justificar esta disciplina: el 1.281, 1 y 1.289, 2 utilizan el mismo criterio en materia de interpretación de los contratos. La peculiaridad del testamento en esta materia no reside en el criterio, que como vemos es el mismo, sino en la posibilidad de llevar a sus últimas consecuencias, sin límites *ex affidamento*, la búsqueda y el respeto de la voluntad del declarante.

(94) Cfr., sobre ella, BANG: *Falsa demonstratio. Ein Beitrag zur Lehre der Aus'egung und Anfechtung*, en Iherings Jahrbücher, 1916, pág. 390; TRABUCCHI: *Il rispetto del testo nell'interpretazione degli atti di ultima volontà*, en Scritti giuridici in onore di F. CARNELUTTI, III. Padova, 1950, págs. 687 ss. GROSSO: *Sulla falsa demonstratio nelle disposizioni di ultima volontà*, en Studi in onore di Pietro BONFANTE, II, 1930, págs. 187 ss.

(95) El artículo responde a precedentes de nuestro Derecho histórico, recogidos y señalados por ALBALADEJO: op. cit., págs. 429 ss. A la misma inspiración respondería el que NAVARRO AMANDI: *Código civil de España*, Madrid, 1880, proponía como segundo párrafo del artículo 938: "El simple error de nombre cuando, por otra parte, resulta clara la voluntad del testador, no invalida la institución; pero sí cuando el error fuere acerca de la persona del instituido". Acompañaba el siguiente comentario —pág. 473—: "esta ley confirma de manera indirecta el mismo principio anteriormente consignado de que siempre que a voluntad del testador se haya manifestado de manera que sea imposible dudar acerca de la persona a quien se refiere el testador debe la voluntad de éste ser cumplida". En el Derecho comparado son de destacar como concordantes, el artículo 625 del *Codice*: "Se la persona dell'erede o del legatario e stata erroneamente indicata, la disposizione ha effetto, quando del contesto del testamento o altrimenti risulta in modo non equivoco quale persona il testatore voleva nominare. La disposizione ha effetto anche quando la cosa che forma oggetto della disposizione e stata erroneamente indicata o descritta, ma e certo a quale cosa il testatore intendeva riferirsi", así como el 2.203 del C. c. portugués, ya citado, supra, nota 91.

(96) El artículo 773 no es norma excepcional, sino aplicación del

nuestra doctrina, la clara consagración del régimen del error obstativo en el testamento. No lo entiende así, no obstante, Albaladejo, quien, en este punto casi en solitario (97), mantiene una interpretación en nuestra opinión algo forzada y cuya justificación ni teórica ni práctica, llegamos a ver con claridad (98).

criterio general informador —ciñéndonos a la disciplina del testamento— del artículo 675. En este sentido, cfr. MANRESA: op. cit., págs. 198-199, donde afirma MARTÍNEZ CALCERRADA, comentando el artículo 625 del vigente *Codice*: "Como se ve, la legislación italiana es más precisa que la nuestra, pues no habla de error en el nombre, apellidos o cualidades, sino que se refiere a cualquier indicación errónea con que fuere designado el heredero y, aunque así se debe deducir también de nuestro artículo 773, el Código italiano, por su mejor expresión, evita toda duda". MANRESA, en las páginas de comentario al precepto destacaba la coherencia entre el artículo 773 y el espíritu informador de nuestro derecho, manifiesto, sobre todo, en el artículo 675. Con mayor amplitud y precisión, JORDANO: op. cit., págs. 53-54: "...a nuestro modo de ver, el artículo 773 está también subordinado... a la norma fundamental del artículo 675, y se refiere a un caso de error en la declaración (designación de heredero o legatario) que, por identidad de *ratio*, cabe extender a supuestos semejantes (designación del objeto de la institución o de la cosa legada)".

(97) El mismo ALBALADEJO, en *El error...*, cit., pág. 447, nota 31, presenta una nutrida relación de autores que ven en el artículo 773 un supuesto de error que, frecuentemente incluso, se califica de obstativo. M. ALONSO, partidario en lo fundamental de la tesis de ALBALADEJO sobre el error en el testamento, discrepa en este punto, afirmando, con la común doctrina, que el artículo 773 recoge un caso de error obstativo. Cfr. anotaciones a PIETROBON, págs. 497 y 703-704. Sólo BADOSA, en la puesta al día de las anotaciones a KIPP, ENNECCERUS, V, 1, Barcelona, 1976, pág. 277, sigue la opinión de ALBALADEJO: "El C. c. —dice— no contempla el error obstativo ni en el artículo 673, ni en el 773. El artículo 773, lo mismo que el artículo 772, se refiere al tema de la identificación del instituido y de los datos teóricamente adecuados para designarlo y concretamente, al supuesto de la inidoneidad de los mismos para tal función. Los artículos 772, 2 y 773, 1 contemplan respectivamente su no utilización y su insuficiencia. En efecto, la expresión 'error' del artículo 773, 1 se refiere a los nombres, apellidos o cualidades del instituido en cuanto a su valor designativo y, por tanto, es sinónimo de 'inidoneidad' para el fin de saber quien sea ('nombre, apellido o cualidades' erróneos). No enfoca, en cambio, el tema de la situación psicológica del testador. Por tanto, el artículo 773, 1 sería aplicable aun cuando la inidoneidad haya sido consciente, siempre que tal conciencia no implique realmente la voluntad de que el instituido no llegara a ser conocido (en cuyo caso, no habría propiamente voluntad de instituir). Su objeto es establecer que dicha ineptitud designativa carece de importancia si el instituido puede llegar a ser conocido por otros medios, aunque no se hallen dirigidos específicamente a ello. Consagra así el principio fundamental de la necesidad de identificación del instituido (en idéntico sentido, el art. 750) y la irrelevancia del medio utilizable para tal fin".

(98) Decimos que la interpretación resulta forzada, por cuanto parece exigida por la tesis inicial de que nuestro C. c. no concede, por regla general, relevancia al error, en ninguna de sus formas, en el testamento. Desde ella se hace necesaria una interpretación del artículo 773 distinta a la que nos parece obvia, del error obstativo. El pensamiento, generalmente meridiano de ALBALADEJO, se hace confuso en este punto: LACRUZ: op. cit., pág. 460, nota 2, expresa temer no haber llegado a entenderlo bien: "Para ALBALADEJO, en suma (y si no he entendido

Comienza, efectivamente, el profesor Albaladejo (99) por establecer los términos esenciales de su tesis: en ningún artículo del Código se prevé que algún supuesto de error obstativo pueda ser causa para invalidar una disposición testamentaria. Luego —obediendo el mandato del art. 743— hemos de concluir que el error vicio —y solamente en los casos antedichos— es la única clase de error apta para producir tal invalidez. Este es el punto de partida: al artículo 773 va a llegarse desde el establecimiento de un —discutible— principio que hará que su contenido resulte forzado de modo necesario. No hay inducción de un principio desde la base del artículo 773, sino lectura de éste desde un principio construido al margen del mismo.

Para la negación de que el artículo 773 responde al régimen del error obstativo adelanta Albaladejo dos observaciones. La primera se formula del siguiente modo: «Ante todo nos interesa destacar, después de repetir algo tan archisabido como que el error obstativo es la discordancia inconsciente entre voluntad y declaración, que, como dice Enneccerus sólo hay disconformidad entre la voluntad y declaración, si el sentido de la declaración, tal y como se determina por su interpretación, diverge de la voluntad. Como advierte Pérez y Alguer, si la verdadera voluntad puede fijarse por la interpretación, cualesquiera sean las dificultades o aparentes divergencias de la declaración, es evidente que, restituido el auténtico sentido de la voluntad, no puede llevar a ninguna otra consecuencia una disconformidad sólo aparente que la recta interpretación desvanece» (100). Desde esta premisa la conclusión es clara: cuando, no obstante la errónea designación, puede llegar a saberse cuál sea la persona nombrada, no hay error; la interpretación lo ha superado (101).

La segunda observación adelantada por Albaladejo se refiere al exceso —dice— de la inspiración espiritualista en la doctrina referente al testamento: «el haberse hablado, con notoria inexactitud y tan señaladamente en lo que a los testamentos respecta, de que la voluntad debe triunfar sobre la declaración, y de que nuestro Código sigue decididamente tal corriente, mandando que se tenga en cuenta la voluntad del testador para hacerla prevalecer en todo caso, ha abonado el campo para llegar a considerar, incluso

mal su tesis) hay que sustituir...". Sobre el resultado práctico de la tesis indicada, concluye LACRUZ: loc. cit., pág. 461: "Finalmente cabe preguntarse si una extrema restricción en la admisión del error obstativo tiene alguna justificación en la vida real: no parece haberla, ni ello se acordaría con la misión y naturaleza del acto de última voluntad. Resulta preferible, por tanto, la interpretación de la doctrina dominante".

(99) *El error...*, cit., págs. 447-454.

(100) ALBALADEJO: op. cit., pág. 448.

(101) ALBALADEJO: op. cit., págs. 453-454: "Para nosotros, el párrafo primero del artículo 773 contiene dos hipótesis... *Primera hipótesis*: Que se pueda llegar a saber quién es el nombrado. En este caso no hay error".

a los que tienen una noción clara y exacta de lo que es y de lo que debe ser lo anterior, que este artículo 773 es un típico caso de esos en que al articulado de nuestro Código aflora 'la protección de la voluntad, dispensada decididamente frente a la declaración» (102).

Lo anterior supuesto, hay que acercarse al artículo 773 con respeto y atención a la literalidad de su expresión. En ella encontrará Albaladejo la base de su interpretación. No parte el precepto de una situación de discordancia entre lo realmente querido y lo efectivamente declarado, ya que cuando salva la institución es porque, a pesar de la equivocada designación del heredero, puede saberse ciertamente cuál es la persona *nominada*; no la *querida nominar*. La dificultad con que se encuentra el intérprete —dice (103)— no es dificultad para averiguar la persona que el testador *quiso nominar* (quiso designar), sino dificultad para averiguar cuál es la persona que *designa* en la declaración. O sea: no es —en primer término— dificultad para hallar la voluntad real, sino dificultad para hallar el *verdadero sentido de la declaración*. Y naturalmente, si la dificultad lo es para esto, la fórmula que el artículo 773 da para superarla es una fórmula, no para hallar la voluntad real, sino para llegar al *verdadero sentido de la declaración*. De lo cual se infiere que en el artículo 773 no se hace triunfar la voluntad sobre la declaración, sino que se hace triunfar el verdadero sentido de ésta sobre el falso o equivocado. En conclusión: el artículo 773 contiene dos hipótesis y ninguna de ellas se resuelve según el tratamiento propio del error obstativo. Primero: que a pesar de la errónea designación se pueda llegar a saber quién es el nominado. No hay error obstativo; según antes decíamos, lo salva la interpretación y, además, lo que se hace valer es la voluntad declarada; no la real, supuestamente distinta. Segundo: que no se pueda llegar a saber quién es el nominado. Tampoco en este caso hay error, sino pura invalidez de la declaración por absoluta *ininteligibilidad* de la misma. Creemos, pues, queda demostrado —termina Albaladejo (104)— que este artículo no puede considerarse como comprensivo de uno de los casos en que, por excepción, el error invalida las disposiciones testamentarias.

Nosotros pensamos que el artículo 773 tiene un sentido obvio, que le lleva, sin más, a la disciplina de lo que hoy llamamos error obstativo, impropio o en la declaración, y que permite entenderlo como una pieza armónica en el conjunto espiritualista de nuestro ordenamiento, no impedido por la exigencia formal del testamento, sino potenciado en relación con el acto de última voluntad —aun supuesto su carácter formal— dada la peculiar naturaleza de éste, como en varias ocasiones hemos ya resaltado. Difícilmente el

(102) Id. ib.

(103) Op. cit., pág. 451.

(104) Op. cit., pág. 454.

subrayado de este criterio podrá desorientar en la interpretación del artículo 773.

Tampoco compartimos el criterio de que allí donde la interpretación permite desvanecer o superar el error de expresión deje de producirse un supuesto de error obstativo, a tratar —o tratado, cuando se respeta la voluntad querida, aun inexactamente expresada— como tal error obstativo. Es oportuno resaltar que en las citas de Enneccerus y Pérez y Alguer aducidas por Albaladejo, no se niega, para el caso indicado, la existencia del error; lo que propiamente se niega es que la disconformidad entre voluntad y declaración subsista cuando la interpretación permite descubrir sobre la errada declaración la voluntad verdadera. El artículo 773 es claro en este sentido: la interpretación que podrá dar como resultado el conocimiento cierto del instituido, tiene como presupuesto el error en el nombre, apellido o cualidades del heredero. Es dicho error el que fuerza a una interpretación que en otro caso sería innecesaria. Cierto que la interpretación permite superar el error y poner en armonía voluntad y declaración; pero en su origen hay, sin duda, un error en la declaración, un error obstativo (105).

Y no se diga que tal error, más que error es «mera equivocación o error en sentido no técnico» (106), porque la razón aducida para tan sutil distinción, a saber, el hecho de que, interpretada la declaración, la institución produzca efecto y no se la invalide (107),

(105) Sobre error e interpretación, cfr. FERRER CORREIA: *Erro e interpretação na teoria do negocio jurídico*, cit. págs. esp. 150-154. Específicamente para el error obstativo en el testamento, págs. 224-234. De todas formas, el indicado en el texto será el fundamental argumento en la tesis de ALBALADEJO: Excluido el artículo 773, niega que tampoco en el 767 quepa el error obstativo; lo impediría la exigencia de prueba intrínseca, imposible ésta en el indicado tipo de error. Cfr. *De nuevo sobre el error...*, cit., pág. 485: “Pero en el caso del error obstativo —discrepancia entre lo querido y lo declarado— no es posible la prueba intrínseca del error. Puede creerse que esta afirmación es inexacta porque también es pensable que del testamento se deduzca que el testador quería realmente cosa distinta de la que declaró. Mas esa creencia es falsa, porque en tal caso, realmente lo que se hace es interpretar en su conjunto la declaración testamentaria (utilizando incluso medios ajenos a ella, pero que en definitiva nos llevan a configurar un sentido susceptible de admitirse según el tenor de la declaración testamentaria, habida cuenta de las normas sobre interpretación de declaraciones no recepticias), de forma que se llega a alcanzar el *verdadero* sentido y no el *aparente* que es el que, discrepando del verdadero, provocaba el *supuesto* error vicio” (sic).

(106) ALBALADEJO: op. cit., pág. 450.

(107) ALBALADEJO: Ib. “Que en este caso no hay error obstativo, sino como decimos, *mera equivocación*, lo prueba el que la institución —es decir, la declaración— produzca efecto y que este efecto se produzca de acuerdo con el sentido que se da a la declaración, después de salvada la equivocación... Ahora bien, si hubiere habido error obstativo, a lo más que se podría haber llegado hubiera sido a invalidar la disposición, pero nunca a hacer que esa disposición, que esa declaración, produzca

no es más que pura consecuencia del significado del error obstativo y del tratamiento que éste merece allí donde, sin limitaciones *ex affidamento*, se sigue hasta el final la voluntad testamentaria que cuenta con algún reflejo o apoyo («de otra manera pueda conocerse») en el testamento (108). Como tampoco puede —en nuestra opinión— decirse que cuando, de acuerdo con el artículo 773 la institución resulta viciada por no poder llegar a saberse ciertamente cuál es la persona nombrada, ello es consecuencia, no del error en la declaración u obstativo, sino de la simple ininteligibilidad de la designación. Evidente que tal ininteligibilidad se produce; pero no es menos evidente que se produce —en la concreta y literal hipótesis del art. 773— por error en la designación del instituido: error en el nombre, apellido o cualidades que le identifican. Difícilmente cabe un supuesto más claro de error en la declaración.

Tampoco es —creemos— convincente el argumento extraído por Albaladejo del empleo por el legislador de la palabra *nombrada*. En dicho término se encontraría la clave para la correcta interpretación del artículo 773. Al referirse el legislador a la persona *nombrada* (y no a la querida nombrar), será claro —entiende Albaladejo— que no se encuentra en el precepto referencia alguna a una posible voluntad real, distinta a la declarada. De lo cual se infiere que en el artículo 773 no se hace triunfar la voluntad sobre la declaración, sino que se hace triunfar el verdadero sentido de ésta sobre el falso o equivocado (109). En nuestra opinión, el reconocimiento de la tensión entre la voluntad real in-

efecto, de acuerdo, no con su sentido, sino con el de la voluntad real (que, por definición, discrepa de ella)».

(108) *Ad rem*, JORDANO: op. cit., págs. 93-98. Tenemos, pues, que discrepar de ALBALADEJO: op. cit., pág. 450, nota 30: «Aun en los Derechos que presten la mayor protección posible a la voluntad real, podrá esta protección permitir invalidar el negocio por error obstativo, siempre que lo haya. Pero lo que no es concebible es que esta protección llegue al extremo de que en esos casos de error obstativo, no sólo no se produzcan los efectos que según el sentido de la declaración se debían producir, sino que se produzcan aquellos otros que estuvieron tan solo en la voluntad de la parte que erró, pero sin que —por definición, repetimos— llegasen a ser encontrados, siquiera fuese mal expresados, en la declaración». En el testamento no hay oposición de partes que atempere el juego de la voluntad como en los negocios *inter vivos*. Por otra parte, el error obstativo supone, ciertamente, inexactitud o error en la expresión, pero no exige que del contexto de la declaración pueda descubrirse el verdadero contenido de voluntad erradamente expresada».

(109) ALBALADEJO: op. cit., págs. 451-452, cuyo contenido se resume del siguiente modo: «El contenido volitivo hallado no podrá ser otro que el declarado. Interpretando una declaración de voluntad podremos hallar lo que, con más o menos propiedad, se expresó; ahora bien, si lo querido y lo declarado difieren, es claro que lo que no podemos llegar a conocer es lo querido. O sea: que la *persona nombrada* del 773 es exactamente «la *persona designada en la declaración*». Y la ley dice «*nombrada*», y dice bien, sin que se deba entender que quiso o debió decir «*querida nombrar*»».

terna y la declaración no requiere del legislador el empleo de la expresión «querida nombrar»; resulta por sí sola de la hipótesis de la errada designación del instituido. Cuando a éste se le señala a través de nombre, apellido o cualidades inexactas, la declaración hablará por sí misma de persona —posiblemente inexistente— distinta a la de quien se quería instituir. Si el contexto de la declaración —no sólo su estricto y directo contenido designativo— permite superar el error, podrá llegar a saberse ciertamente cuál sea la persona *nombrada erróneamente*; esto es, la persona que se quiso designar y que de hecho, aunque erróneamente, se designó. El salvar la institución en favor de la persona *nombrada* (erróneamente) no significa dar valor a la declaración errada (contra la voluntad real), sino, justamente, superar y corregir el errado contenido designativo de la declaración, para, desde el conjunto de ésta, dar cumplimiento a la voluntad inexacta o erradamente expresada. Llamar al erróneamente designado implica, previamente, haber desvelado y corregido el error en la designación. En tal caso, hablar literalmente del *nombrado* (erróneamente, insistimos) es tanto como hacerlo del *querido nombrar* (exacta o correctamente). La discordancia entre voluntad y manifestación resulta por sí misma de la hipótesis central del error en el artículo 773.

No quisiéramos terminar esta referencia al artículo 773 sin antes desvirtuar la impresión que en algún punto pudieran producir las líneas precedentes. Parecería, en efecto, que el profesor Albaladejo da al precepto comentado un contenido totalmente distinto al que le atribuye la común doctrina. No ocurre así. La diferencia más que de contenido es de «etiquetación» del mismo. También Albaladejo admite que si la «equivocación» en la designación del instituido puede subsanarse por la interpretación, la institución valdrá, haciéndose triunfar el verdadero sentido de la declaración sobre el falso o equivocado (erróneo, dice él, en sentido vulgar) (110), y que en el caso contrario, si no puede llegar a saberse quién es el nombrado, la declaración resultará inválida. Lo que Albaladejo niega es que ambos resultados deriven de la existencia de un supuesto de error obstativo, tratado como tal por el ordenamiento. ¿Por qué esta distinta explicación de algo que nos parece suficientemente claro en la interpretación común? Es aquí donde interviene el dato que antes nos permitía calificar de algo forzada la opinión de Albaladejo: se la construye, no espontáneamente desde la lectura del artículo 773, sino desde la afirmación, como tesis, de la irrelevancia, en general y salvadas las excepciones legales, del error en materia de testamentos. Si no se quiere decir que se entiende el artículo 773 desde un «preconcepto», se basará su interpretación en la restrictiva, de los artículos 673 y 743. Nosotros hemos ya indicado cómo a nuestro entender estos preceptos admiten otra inteligencia; no cierran el paso a la apre-

(110) *El error...*, cit., págs. 451-452.

ciación del error en el negocio de última voluntad. De esta forma el artículo 773, entendido —como su sentido y su letra imponen, según nos parece— en clave de error obstativo, no plantea ninguna dificultad. Es más, resulta una pieza coherente en el conjunto, e. c., de los artículos 675, 768...

El artículo 773 es, pues, como indicaba Manresa (111), pura consecuencia del principio que informa la doctrina del Código acerca de la designación del heredero, que es el de que la *forma* de la institución es accidental y sólo importa que pueda saberse con claridad y certeza, por cualquier medio, cuál sea la persona designada. La voluntad reconocible se impone aun cuando ha sido mal expresada. El error obstativo se toma en consideración, no para permitir la impugnación de la declaración —lo que no serviría a la *voluntas testantis*— sino para, a través del conjunto de la misma declaración y superado el error en lo designativo, hacer valer la voluntad, suficiente aunque inexactamente manifestada (112). No significa ello que el error obstativo sea irrelevante en materia de testamento (113); se le concede la relevancia que le corresponde: detectado y apreciado el error de expresión, se abandona el sentido que impondría la literalidad de la declaración para dar cauce a la voluntad real, exenta de vicio en su formación, pero inexactamente manifestada. Sólo la irrecognoscibilidad de dicha voluntad impide, de Derecho y de hecho, su efectividad.

2. Error en la formación de la voluntad: artículo 767.

Distinto del error obstativo es el llamado error-vicio; el error no se produce ahora en la fase de la declaración o manifestación

(111) MANRESA: op. cit., pág. 196.

(112) Cfr. ALONSO, en PIETROBON, cit., págs. 703-704: "Tanto el artículo 773 de nuestro Código civil, como el 625 del C. c. italiano, se limitan a sancionar el principio *falsa demonstratio non nocet*, precisamente porque no es posible otorgar relevancia a la voluntad declarada del testador desde el momento en que se ha expresado erróneamente y ha de buscarse siempre la intención efectiva del mismo. También el artículo 773 de nuestro Código resalta ambos estados, limitándose a otorgar relevancia a lo efectivamente querido por el testador conforme al criterio general interpretativo del artículo 675 del C. c."

(113) Afirmación ésta mantenida por ALONSO: op. cit., pág. 704: "La irrelevancia del error en la designación o cualidades del instituido heredero, salvo que sea imposible saber cuál sea la persona nombrada, es una muestra más de que el legislador no quiso consignar excepciones de suerte al principio taxativo del artículo 673 del C. c.". BADOSA, en cambio, op. cit., págs. 277-278, que, con ALBALADEJO, niega que el artículo 773 contemple un caso de error obstativo, concluye al respecto: "No puede afirmarse, sin embargo, que el error obstativo sea irrelevante en esta materia, sino sólo que no está contemplado específicamente. El artículo 675 establece que la norma testamentaria ha de entenderse en el sentido correspondiente a la voluntad del testador, deducida del propio testamento. Por tanto, cuando de éste aparezca que las palabras no responden a tal voluntad (sea por error o voluntariamente), quedan automáticamente descalificadas en su función de enunciar una regla con valor jurídico".

de la voluntad, sino en la de la producción o formación de la misma: se declara lo querido, pero eso que se quiere y se declara, se lo quiere por error. Con razón se le llama error propio o error vicio: la voluntad se forma a impulsos del error; no es, por ello, la voluntad deliberada que el ordenamiento reconoce como fuente generadora y configuradora de relaciones de Derecho (114). También a él, según vimos, se refiere en más de una ocasión nuestro Código civil al regular el testamento (arts. 757, 796, 798, 814, 862, 878). No podría ser de otra forma, dada la naturaleza negocial, unilateral y gratuita del acto de última voluntad (115). Pero es la contenida en el artículo 767, 1, la norma que en esta materia alcanza una mayor generalidad (116). A ella hemos de dedicar a continuación nuestra atención.

Respondiendo a claros precedentes en nuestro Derecho histórico (117) y con no menos claros paralelos en el Derecho compa-

(114) Es el que, e. c., KIPP: op. cit., pág. 259, llama error en el motivo para diferenciarlo del error en la declaración: "En el error sobre el motivo —dice— coinciden voluntad y declaración; el causante quiere lo que ha declarado. Pero han sido consideraciones erróneas las que le han inducido a testar como lo ha hecho".

(115) Cfr. CASTRO: op. cit., pág. 196: "En ellas (las disposiciones testamentarias), como negocio unilateral y gratuito, tiene máxima relevancia la voluntad del testador..."

(116) En contra del sentir común, BADOSA: op. cit., pág. 279: "...el artículo 767, 1 no plantea propiamente un problema de vicios de la voluntad en el autor del testamento, ya que tal cosa exigiría tener en cuenta siempre el error, cualquiera que fuera el modo en que apareciera (si en materia testamentaria se prescinde del error cuando la voluntad de instituir se manifiesta testamentariamente como absoluta o abstracta es que no interesa propiamente el modo como se ha constituido o formado la voluntad del causante). Lo que realmente plantea el artículo 767, 1 es un problema de interpretación del alcance de la voluntad del causante tal y como se halla expresada en el testamento, dándole el valor absoluto o relativo que tenga según los propios términos testamentarios".

(117) ALBALADEJO: *El error...*, cit., págs. 427 ss., ha recogido cuidadosamente los precedentes del precepto en las leyes de Partidas. No todos los textos son tan claros como el contenido e. c. en 6, 1, 21: "...e el heredero que era fecho en el primer testamento deve aver la heredad, según que fue escrito en él. E el otro que fue escrito en el segundo, non deve aver nada, pues que non era verdadera la razón, porque el testador se movio a fazerlo heredero". He aquí la conclusión de ALBALADEJO: "...Las Partidas desarrollaron una legislación casuística de los distintos supuestos de error en las disposiciones testamentarias. Lo cual hace a primera vista surgir dudas respecto de cualquier caso que, presentado en la práctica, careciere de norma legal en cuyo supuesto de hecho encajare exactamente... Podemos resumir trazando, una vez vistos los supuestos regulados, las líneas genera es que a través de los mismos se observan: ...El error vicio... no afecta a su validez (de la disposición)... Como excepción a ella encontramos los errores antes indicados, que recaen: 1.º Sobre la muerte de un primer instituido, cuando se expresó en el segundo testamento que se instituye a otro heredero por creer aquél muerto. 2.º Sobre la paternidad del heredero instituido, cuando el testador lo instituya creyendo o su hijo y después de su muerte se conoce la verdad. 3.º Sobre la pertenencia de la cosa legada, cuando el testador la creyó suya sin serlo, ni serlo tampoco de su heredero. 4.º Sobre la

rado (118), establece el primer párrafo de nuestro artículo 767 que «la expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa». Interesa detenerse en su contenido.

a) En primer lugar se refiere el precepto a la expresión de una *causa falsa*. Los dos términos subrayados piden su propia exégesis. A la causa falsa en los contratos se refieren los artículos 1.276 y 1.301: ¿en igual sentido? ¿Comprende el artículo 767 tanto la que Castro llama «causa mentida» (119), como la causa viciada por error? ¿Se refiere indistintamente a la falsedad consciente y a la derivada del error, o debe circunscribirse a sólo una de ellas? La exégesis en este punto no resulta difícil: el contenido de la regla establecida en el primer párrafo del artículo 767 ayuda a atribuir su preciso significado a las expresiones *causa falsa* o *falsedad de causa* en el distinto lugar en que respectivamente se emplean. El precepto en estudio, efectivamente, establece una norma cuyo enunciado lógico-gramatical se articula en la formulación de una regla y la indicación de una excepción. La regla será la irrelevancia de la causa falsa: se la considera no escrita; la excepción, su relevancia como factor de ineficacia de la disposición testamentaria: cuando del testamento resulta que el testador no habría dispuesto si hubiese conocido la falsedad de la causa. Quiere ello decir que bajo idéntica expresión gramatical se encierran significados jurídicos distintos. La más vaga *causa falsa* que se considera como no escrita puede abrazar tanto la causa errónea

cantidad de dinero legada, cuando el testador cree tener una suma mayor de la que tiene en realidad”. En el Proyecto de GARCÍA GOYENA se dedicaba al error vicio en la disposición testamentaria el artículo 721: “Toda disposición testamentaria a título universal o particular fundada en una causa falsa, quedará sin efecto si el interesado no probase que el testador tuvo, para hacer la disposición, otra causa tan atendible como la expresada”. Como resaltaba el mismo GARCÍA GOYENA: op. cit., pág. 384, lo que en el Derecho histórico pudiera ser norma excepcional “en nuestro artículo sería una consecuencia de la regla general”. En el Anteproyecto de 1882-88 se da forma al precepto (art. 768,1) de acuerdo con los términos literales del artículo 3.380 del Código Mejicano: “La expresión de una causa falsa será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho aquella disposición conociendo la falsedad de la causa”.

(118) Así, el artículo 624, 2 del *Codice*: “L'errore sul motivo, sia esso di fatto o di diritto, e causa di annullamento della disposizione testamentaria, quando il motivo risulta dal testamento ed e il solo che ha determinato il testatore a disporre”; artículo 2.202 del C. c. portugués: “O erro, de facto ou de direito, que recaia sobre o motivo de disposição testamentaria só e causa de anulação quando resultar do proprio testamento que o testador não teria feito a disposição se conhecesse a falsidade do motivo”. También al error vicio se refieren el § 2.078 BGB y el 374 del C. c. de la DDR, ambos citados supra, notas 5 y 6.

(119) CASTRO: op. cit., pág. 500.

no determinante, como cualquier otra posible forma de falsedad en la causa: también la causa mentida o simulada. Es muy claro que quien simula una causa inexistente no es determinado en cuanto al acto dispositivo por la falsedad de tal causa; dispone, por el contrario, poniéndola por pantalla; la efectiva voluntad dispositiva prevalece sobre la motivación fingida. En tal caso hay constancia o, mejor, certeza sobre la fundada voluntad dispositiva, que la ley decide respetar (120). Por el contrario, la más concreta falsedad de la causa que llega a producir la ineficacia de la disposición sólo puede entenderse referida a la causa errónea o al error en la causa, ya que la hipótesis se restringe en este caso al hecho de que del testamento resulte que el testador no habría dispuesto *si hubiese conocido la falsedad de la causa* (121).

(120) Cfr., e. c., MANRESA: op. cit., pág. 178: "Si el testador conocía la falsedad de la causa, la institución surtirá efecto, por la misma razón de ser decisiva su intención de favorecer al instituido". ALBALADEJO: *De nuevo...*, cit., pág. 480: "Este supuesto —dice refiriéndose a la simulación— cae asimismo dentro del párrafo primero del artículo 767. Ahora bien, ocurrirá que del testamento no resultará que el testador no habría hecho tal institución si hubiese conocido la falsedad (discrepancia de la realidad), de la causa, ya que ello sería absurdo, puesto que, si resultase, sería como no querer instituirlo, cuando realmente lo quiere, pero por causa (motivo) distinto del manifestado". También BADOSA: op. cit., pág. 278, cuando dice: "El concepto de error no está implícito en la falsedad de la causa, puesto que la expresión de la misma puede ser voluntaria; es decir, a sabiendas de su inexistencia. Así lo manifiesta el artículo 767, 1, final, cuando alude al desconocimiento de la falsedad de la causa".

(121) Cfr., ampliamente, ANTUNES VARELA: op. cit., págs. 89-95: "O vocábulo *falso* aparece correntemente usado, quer na doutrina, quer nas diversas legislações, nunca acepção susceptível de contrair para a expressão mencionada o sentido global de *causa suposta, ficticia, aparente, proveniente de mentira, contraposta*, portando, a *causa real* ou a *causa verdadeira* da disposição testamentaria... Apesar disso, pode assegurar-se, com inteira tranquilidade, ser outro o sentido da expressão perfilhado no artigo 1.745 do Código civil. En primeiro lugar, a regra de PAPINIANO, sobre a qual foi declarada a disposição legal em exame, e na qual se usava a mesma expressão *fa'sa causa*, foi constantemente entendida em termos de a *falsidade* da causa respeitar a relação lógica existente entre a representação do declarante e a realidade externa correspondente... De facto, a parte final do artigo previne e regula a hipótese de o testador não conhecer, a data do negócio, a falsidade da causa invocada, e essa suposição e manifestamente descabida, na invocação duma causa suposta... Uma das razões preferentemente invocadas pelos autores na defesa da regra de PAPINIANO, e dos vários preceitos baseados no sistema romanista, consiste, porem, na relativa frequência com que o testador, a ajuizar pela própria criação dos factos, refere no testamento *motivos supostos* ou *ficticios*... Quando se refere a invocação duma causa falsa, a lei quer, portanto, aludir aos casos em que aparece no testamento, como causa de determinada disposição, uma *proposição objetivamente falsa ou inexata*, pouco importando ao caso saber se a falsidade e ou não conhecida do testador. A excepção aberta na segunda parte do artigo e que assenta sobre a ignorancia da falsidade da proposição. No fundo, a lei afirma então que irrelevancia da causa falsa so

¿Se entenderá entonces desmentido el fundamental criterio de que en el testamento se aprecia más fielmente la voluntad negocial que en el contrato, toda vez que en éste la simulación es relevante (art. 1.276) mientras que en el testamento se prescinde de ella? Infundada inteligencia: la causa verdadera no desvirtuada por la simulación —*inter partes* (122)— en el régimen de los contratos es la que se corresponde con la voluntad negocial real y efectiva, la misma cuyo respeto en el testamento impone la ley cuando ordena estar a la efectividad de la disposición realmente querida por encima de su simulada fundamentación. La voluntad del testador sigue siendo la suprema ley de la sucesión; precisamente por ello, sólo cuando tal voluntad se forma por efecto del error (cuando deja de responder a la voluntad real del testador) la ley permite la impugnación del testamento. Es el mayor respeto a la voluntad testamentaria rectamente formada —exenta de vicio— lo que justifica el juego en este punto cuasi abstracto de la misma que se dibuja en el artículo 767: de no constar el error en el motivo, la disposición será eficaz aun cuando no revele su causa concreta, y sin necesidad de entrar en el análisis y comprobación de la misma (123).

cede se a falsidade objectiva da proposição constante do testamento crescer um juízo falso —um erro— do declarante sobre a configuração exacta da realidade”. También ALONSO, en PIETROBON, cit., págs. 701-702: “No dudan a gunos autores en extender la falsedad de la causa del artículo 767 al motivo *simulado* respecto del cual el testador conoce que no corresponde a la realidad... Notemos sin embargo, que si en el plano contractual la causa falsa obedece con demasiada frecuencia a la simulación (art. 1.276 del C. c.), escasas veces se apreciará en la institución de heredero (art. 767, 1). Es posible, en cambio, que la expresión de causa falsa se haga por el testador conscientemente, mas como señala PASTOR RIDRUEJO... ello se hace con la finalidad de justificar socialmente su conducta, o con la de proteger la manda frente a posibles impugnaciones. Podrían incluso hallarse otros móviles... En cambio, el reieve que adquiere la voluntad del testador, suple tales deficiencias: si se prueba que una apreciación errónea de los motivos fundidos en la causa le han llevado a disponer en un sentido distinto que el deseado, será anulable la institución. Hablamos en tal caso de una equivocada representación de las motivaciones. Y a la vez puede afirmarse que se declara o expresa una causa (motivación) carente de base real (falsa) por equivocadas creencias o apreciaciones erróneas”.

(122) Cfr., por todos, FERRARA, Franciasco: *La simulación de los negocios jurídicos*. Trad. de Rafael ATARD, y Juan A. DE LA PUENTE, segunda ed., Madrid, 1931.

(123) Lo que tiene su explicación en la naturaleza del negocio unilateral y gratuito de atribución *mortis causa*: el heredero o legatario, por el hecho de serlo, en nada se obliga frente al causante, y la atribución gratuita encuentra justificación suficiente en la liberalidad del disponente. Sólo en este sentido puede hablarse —creemos— de abstracción en la disposición testamentaria. Afirmaciones más tajantes en este punto, exigen necesariamente, la matización: Así, BADOSA: op. cit., págs. 278-279, quien tras decir: “El Código civil distingue energicamente la institución de su causa (art. 767, 1 y 2) como diferencia igualmente entre institución y condición (art. 792). Y en ambas tiende a hacer prevalecer la voluntad

¿Y por causa, qué se entiende en el artículo 767? ¿Se verá enturbiado el sentido de la norma por la ambigüedad o confusión reinante en torno al significado jurídico de la causa? No es así. El buen sentido permite la inequívoca interpretación del término en el concreto contexto que examinamos, por encima y a pesar del enrevesamiento de la causa en su tratamiento jurídico. La doctrina es hoy unánime en la inteligencia del término; la misma que ya mantenían nuestras Partidas (6, 9, 21): «... los fazedores de los testamentos ponen razones en las mandas quando las fazen. E a esta razón llaman en latin causa». La causa es entonces el *motivo* (124); el motivo que lleva a disponer (*Beweggrund*) (125). La causa, pues, del artículo 767 es la causa en sentido subjetivo (126), abarcando la causa concreta o el motivo incorporado a la función de liberalidad que explica adecuadamente la voluntad del testador (127), pero sin encerrarse en él, puesto que, según hemos de

reflejada en la institución. Ello significa, en materia de institución y su motivo, afirmar el carácter abstracto de aquélla, entendida como declaración de voluntad con valor absoluto, frente al meramente ejemplar (y por tanto jurídicamente irrelevante) a que se ve relegada la causa". De inmediato, la matización: "Sin embargo, tal consideración no juega cuando el valor de ésta como determinante de la institución no sólo existe, sino que se establece en la propia sede testamentaria. La declaración institucional se relativiza en función del motivo... en el artículo 767, 1, la causa desempeña una función acorde con su concepto (motivación), y esta función es tenida en cuenta por el C. c."

(124) ALBALADEJO: *De nuevo...*, cit., págs. 472-473: "Nuestro legislador, en la materia que tratamos, pensó que el *motivo determinante* (se considere o no que tal motivo es la *causa* en sentido técnico jurídico del acto) es lo *único* que, siendo erróneo, fundamenta la invalidación de la disposición que se basó en él. Y para aludir a este *motivo determinante erróneo*, utilizó la expresión *causa falsa* en el artículo 767 (sub. del a.). BADOSA: op. cit., pág. 278: "La institución sucesoria fundada por error en un motivo falso, sólo es nula cuando la existencia de tal motivo y su carácter determinante, son conocidos a través de la propia declaración testamentaria (art. 767,1). Con la expresión 'causa' el citado artículo designa toda circunstancia que, no teniendo valor designativo respecto de la institución, ni en su sujeto, ni en su contenido, ni en su objeto (puesto que su constancia testamentaria es indiferente, arg. 767 pr.), tiene como función la de impulsar al testador a realizarla".

(125) FLUME: op. cit., pág. 429: "Nach § 2078 ist jedweder Irrtum bei der testamentarischen Verfügung beachtlich, wenn er nur für die Verfügung kausal gewesen ist. Der Irrtum im Beweggrunde... durch welche der Erblasser zu seiner Verfügung bestimmt worden ist...".

(126) Cfr., ampliamente, VARELA: op. cit., págs. 95-107. Entre nosotros, e. c., ZUMALACÁREGUI MARTÍN-CÓRDOVA, Tomás: *Causa y abstracción causal en el Derecho Civil español* (tesis), Madrid, 1977, pág. 97: "La ratio de los textos romanos (y, por ende, del art. 767) está clara por demás: los *motivos personales del testador son absolutamente inoperantes, a menos que claramente conste la condicionalidad del legado o institución*. El empleo de la palabra *causa* no puede ni debe reconducir el caso al artículo 1.274. Una cosa es la *causa objetiva*, y otra muy distinta la *razón subjetiva* (Papiniano dixit) del testador" sub. del a.).

(127) ALONSO, en PIETROBON, cit., pág. 701; Id. *El error sobre la causa*, cit., pág. 73.

ver más adelante, la causación del acto no se limita sólo a los puros motivos, entendidos éstos en sentido propio, como elementos ajenos a la estructura intrínseca del negocio, sino que se extiende también a la valoración de los distintos elementos de dicha estructura, determinante, dicha valoración, de la celebración del acto.

La causa falsa será entonces el *motivo erróneo* que, al resultar del testamento (exigencia formal de la manifestación de voluntad testamentaria), hace ineficaz la disposición testamentaria. Constando suficientemente la última voluntad, aun cuando sus motivos no se manifesten, el Derecho sanciona su respeto y efectividad (la liberalidad no es sospechosa); pero cuando hay constancia cierta de la malformación de dicha voluntad, el Derecho abre cauce a su impugnabilidad. La exigencia formal no ahoga a la causa; la valoración del motivo erróneo en la disposición testamentaria supone la conjugación armonizada de los postulados de la forma y de la causa. El causalismo, a través de la relevancia de la causa falsa, mantiene en los límites de lo razonable el significado y alcance de la forma testamentaria.

Así entendida la expresión *causa falsa*, interesa añadir unas observaciones sobre su amplitud objetiva. En primer lugar, y con la mejor doctrina, hemos de indicar que aun cuando directamente referida en el artículo 767 la falsedad de la causa a la institución de heredero o al nombramiento de legatario, su apreciación procedería igualmente, y por evidente razón de analogía, en cualquier cláusula de trascendencia dispositiva, aun cuando ésta no lo fuera directamente de institución de heredero o de nombramiento de legatario (128). En segundo lugar, y siguiendo ahora principalmente a Antunes Varela, hemos de añadir que el error constitutivo de la causa falsa puede referirse a circunstancias, tanto presentes o pasadas, como futuras (129). Efectivamente, la previsión de cir-

(128) ALBALADEJO: *De nuevo...*, cit., pág. 473, nota 10, bis: "El artículo 767 literalmente sólo se refiere a la institución de heredero y al nombramiento de legatario, pero advierte LACRUZ... que 'la expresión de un motivo erróneo en una cláusula mediante a cual el testador excluye de su herencia a una determinada persona (legitimario, heredero ab intestato o extraño), produce, por aplicación analógica del artículo 767, la nulidad de la disposición, mas no confiere al excluido derechos hereditarios distintos de los lega es si no resulta así del testamento: Ello debe entenderse así, independientemente de que cualquier legitimario preterido o desheredado en base a una causa no cierta, no pierde —por aplicación de los principios generales— sus derechos (arts. 814 y 851)".

(129) Así, también, KIPP: op. cit., pág. 259. Menos decidido y pareciendo terminar por decantarse a sólo los hechos presentes o pasados, LACRUZ-SANCHO: op. cit., pág. 445: "Se discute si la causa a que alude el artículo 767 ha de entenderse necesariamente referida al pasado o puede consistir en un destino o previsión futuros. Generalmente aludirá el testador a circunstancias, merecimientos, sucesos, etc., pretéritos o presentes que le han (o puede haberle) movido a hacer la concreta disposición, y cuando tales presupuestos no existen en la realidad, el C. c. habla de una causa falsa, cuya falsedad ha de referirse a algo que ya existía en el

cunstancias futuras puede determinar la voluntad del testador en igual medida que las presentes o pasadas. Por otra parte, su intervención en el proceso de formación de la voluntad puede reflejarse en el testamento con igual evidencia y seguridad que las representaciones relativas a hechos presentes o pasados. Los hechos futuros —además— son también susceptibles de errónea representación. Nada, pues, impide referir al error sobre hechos futuros la falsedad de la causa, objeto del artículo 767 (130). Finalmente hay que indicar que la falsedad de la causa ha de situarse propiamente en la inexacta representación de la realidad que determina la formación de la voluntad dispositiva. El motivo erróneo es sólo el derivado del errado conocimiento de los hechos objetivos sobre los que se asienta; no se refiere, en cambio, a la torcida apreciación de esa realidad, por hipótesis, fielmente conocida. Si la psicología —dice Satta— puede distinguir en el proceso volitivo representación de la realidad, valoración de la misma y, finalmente, impulso volitivo, el error en que consiste la causa falsa o el motivo erróneo reside sólo en el primero de los pasos indicados: en la representación mental de la realidad. La valoración de ésta, en cuanto motivo de la voluntad, es cuestión subjetiva, ajena propiamente, a la problemática del error invalidante de la disposición testamentaria (131).

momento de disponer. Empero igualmente cabría imaginar la expresión de un motivo futuro... Pero incluso no constituyendo índice de la designación, cabría mantener que los acontecimientos y previsiones de futuro cuando constituyen causa ilícita expresa anulan la disposición, al exceder los límites de la norma de favor de artículo 767, la cual entendería por causa hechos pasados, excluyendo las intenciones para el porvenir. Sólo así puede hablar el precepto de *causa contraria a derecho verdadera*: para serlo ha de ser un acontecimiento ya ocurrido, una cualidad ya existente, etc.; pues si ha de sobrevenir, actualmente la causa no es verdadera ni falsa. Configurada así la causa como conjunto de móviles relativos al pasado que han inducido a disponer, cabría distinguirla de los motivos o finalidad pretendida con la disposición en el futuro; resultado práctico, incluso mediato, que el testador desea conseguir con la atribución, luego de su muerte, el cual, igualmente, puede ser conforme o contrario a Derecho (sub. de¹ a.).

(130) ANTUNES VARELA: op. cit., págs. 108-114, esp. pág. 111: "Assentemos, por conseguinte, em que: 1.º As representacoes psicologicas relativas a circunstancias posteriores a elaboração do testamento são susceptives de intervenir, de modo essencial, na formação da vontade do testador. 2.º A essencialidade da intervenção dessas representações na volição do *de cuius* não é decisivamente contrariada pela circunstancia de a disposição respectiva não revestir natureza condicional. 3.º Nenhunas razoes concernentes a atitude do declarante ou as expectativas do chamado justificam a irrelevancia dos eventos futuros, sob o aspecto considerado".

(131) SATTA: *Intorno all' errore sul motivo nelle disposizioni testamentarie*, Giur. it. 1948, I, 272-274, esp. 273: "Rappresentazione delle circostanze di fatto, volutazione delle circostanze rappresentate, reazione emotiva sono gli elementi che il processo di disintegrazione condotto dalla moderna psicologia ha individuato nel motivo... Ora, quale di questi elementi puo essere inficiato da errore?... Solo per la rappresentazione si

b) Centrado a continuación el análisis de la causa falsa en su aspecto subjetivo, conviene comenzar indicando que, también en este punto, al error se equipara la ignorancia. A pesar de que conceptualmente el error, como juicio erróneo positivamente existente, se distinga nítidamente de la ignorancia, simple desconocimiento que se traduce en mera imprevisión, lo cierto es que en la realidad será difícil deslindar ambos supuestos; y sobre todo, que uno y otro, con similar significación en lo psicológico, son acreedores a también similar tratamiento jurídico. Tiene razón Varela cuando indica (132) que puede considerarse determinada por una causa falsa toda disposición fundada en la convicción de perdurabilidad de una determinada situación que posteriormente resulta interrumpida, no interesando al caso saber si el declarante llegó, o no, a pensar concretamente en el hecho interruptivo de la situación. Interrumpida ésta efectivamente, lo querido en la previsión de su permanencia deja ya de tener apoyo en la voluntad real y concreta del declarante (133). A esta idea parece responder nuestro artículo 757: las causas de indignidad sucesoria funcionan como tal en tanto que desconocidas por el testador. Si éste las

puo dire che e falsa, inesatta, non corrispondente alla realtà... Il modo di valutare e di reagire a dati fatti, di comportarsi in certe situazioni, corrisponde al carattere e alla personalità proprii dell'individuo...". Aun cuando con matizaciones que en nada lo alteran, admite este mismo criterio ANTUNES VARELA: op. cit., páginas 171-175; en la página 174 concluye: "A disposição de ultima vontade determinada por certa *apreciação* do testador so podera, por conseguinte, ser impugnada com base no erro inerente as representações psicológicas explicita ou implicitamente invocadas, de vendo, alem disso, a essencialidade de representação espelhar-se— de algum modo, no proprio teor do testamento". Entre nosotros, cfr. ALBALADEJO: *De nuevo...*, cit., páginas 479-480: "El error debe recaer sobre la existencia del motivo y no basta el error en la valoración de éste. Es decir, el error se refiere a la existencia o inexistencia de un hecho considerado por el testador como inexistente o existente. Es indiferente, pues, la corrección o incorrección con que el testador haya juzgado los hechos, cuando haya tenido exacto conocimiento de ellos". ALONSO: *El error sobre la causa...*, cit., pág. 74: "Bien consideradas las cosas, no hay un motivo erróneo, pero aquello de que toda motivación como tal es siempre verdadera o real; lo erróneo es la equivocada representación intelectual de lo que integra su contenido". En igual sentido, en las anotaciones a PIETROBON: cit., págs. 701-702.

(132) VARELA: op. cit., pág. 169.

(133) En igual sentido, KIPP: op. cit., pág. 260: "A este propósito 'error' significa, en primer lugar, una idea que existe positivamente, pero que es falsa. Por ejemplo, el causante cree que su patrimonio es menor de lo que realmente es. Pero, según el común sentir de la gente, hay que equiparar a éste en el caso en que el causante *no ha tomado en absoluto en consideración* determinadas circunstancias que se han producido más tarde y cuyo conocimiento le hubiera inducido a testar de distinto modo, o sea, que hubieran constituido un 'contramotivo'. Como dice SAVIGNY, 'error' e 'ignorancia' son jurídicamente equivalentes". (sub. del a.). Discrepa BADOSA: op. cit., pág. 278: "No se puede equiparar ignorancia a error. En la ignorancia falta la expresión testamentaria de la circunstancia y, por supuesto, la de su valor determinante. Por ambas razones no entra en el artículo 767,1".

conocía al tiempo de hacer testamento o, habiéndolas conocido después hay constancia clara de su remisión, dejan de producir efecto. El supuesto, pues, normal de actuación de la indignidad es el del *desconocimiento* de su causa.

Pues bien, tal —genéricamente denominado— error ha de ser un error espontáneo. Y no porque el intencionalmente producido *ab altero* deje de generar en la víctima la situación de desconocimiento o de errado conocimiento propia del error, sino porque la inducción del error recibe en esta materia trato peculiar y más enérgico en los artículos 673 y 674: el testamento, y no sólo la concreta disposición que se trató de influenciar, será nulo —dice el art. 673— y el autor del dolo o fraude quedará privado de su derecho a la herencia, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que haya incurrido (art. 674). Además —habría que añadir—, centrada en este caso la intencionalidad de la ley en la represión de la conducta dolosa o fraudulenta de quien manipula la voluntad testamentaria ajena, bastaría la comprobación del dolo o fraude para que, sin necesidad de calibrar las condiciones de efectividad del error producido, ni su constancia o reflejo en el texto del testamento, hubiera de apreciarse la nulidad de éste (134).

En fuerza del concepto mismo del error, también el constitutivo de la falsa causa del artículo 767 excluye el simple estado de duda del declarante, ni se compadece con los meros juicios de posibilidad o de probabilidad, ni con el puro deseo o con la esperanza de cierta correspondencia con la realidad. Pero —como indica Varela (135)— tampoco es necesario que implique una certeza absoluta, dogmática, en la exactitud del juicio emitido. Basta —esto es lo importante— el grado de convicción necesario para que la causa falsa funcione realmente como causa esencial de la disposición. Es lo que se indica cuando al error en la causa se le

(134) VARELA: op. cit., págs. 182-184, esp. pág. 182: “O que sucede e que o erro proveniente do dolo ou da fraude, usados para captar a disposição, goza de uma tutela mais enérgica, de uma protecção jurídica mais ampla, como se desprende do simples facto de o artigo 1748 não inserir nenhuma alusão aos pressupostos objectivos da relevancia fixados no artigo 1745”. También ALONSO, en las anotaciones a PIETROBON, cit., pág. 700: “El dolo —decimos nosotros— no es el error, sino una de sus causas. Las maquinaciones insidiosas pueden provocar el error en el testador, pero no suponen error. Uno y otro vicio tienen esferas distintas de actuación, son vicios diferentes, aunque a veces el error tenga su origen —sólo su origen— en artificios o maquinaciones fraudulentas. Cuando la disposición testamentaria esté viciada de error motivado por engaño o actuación dolosa, su anulabilidad está apoyada plenamente en el artículo 673 del C. c., mas no por el error —que es irrelevante—, sino por el propio dolo que lo produjo y que prevé como causa de impugnación el mencionado artículo. También BADOSA: op. cit., pág. 278: “La falsedad consiste en dar espontáneamente como cierta una circunstancia que resulta inexistente en el momento en que el testador consideró que debiera existir. Espontáneamente (arg. ex art. 1.276) para distinguirlo del producido por influencia exterior (art. 673)”.

(135) VARELA: op. cit., págs. 170-171.

denomina error determinante o error esencial. Importa detenerse en tales calificativos.

En primer lugar error determinante: es el error que mueve (*Beweggrund*) a disponer o *error motivo*. Expresión, ésta última, que, en bien de la claridad, interesa distinguir frente a la muy similar en lo terminológico, pero realmente diferente en su contenido, de *error en los motivos* (136). Hay que evitar —como advierte Santoro Pasarelli— el equívoco verbal y distinguir entre el hecho de que el motivo del negocio pueda ser erróneo y el supuesto de que el error esencial constituya de hecho el motivo de la celebración del negocio (137). No se trata de un juego de palabras; el error motivo es sensiblemente más amplio —y distinto— del puro error en los motivos. Este último se referiría sólo al motivo, extraño, mientras no se le causalice, al esquema y estructura negocial; el error motivo puede producirse tanto respecto al objeto como respecto al sujeto o sujetos del negocio (138) siem-

(136) Ven en la hipótesis del artículo 767 un supuesto de error en los motivos, e. c., BADOSA: op. cit., pág. 278: “Cuando, por el contrario, el error en el motivo del otorgamiento repercute en la institución, estaríamos en el supuesto del a. 767”; VARELA: op. cit., págs. 176-182: “Por consecuencia —concluye, págs. 181-182— o erro regulado no artigo 1745 coincide efetivamente, com a noção do erro-nos-simples-motivos ou erro extranegocial, mais divulgada na doutrina germanica moderna”. Sobre el error en los motivos, en general, cfr. PIETROBON: op. cit., págs. 479-487.

(137) SANTORO PASARELLI: *Disposizione testamentaria. Errore sul motivo*. “Riv. Dir. Civ.” 1942, IV, pág. 245: “Confessiamo di non intendere questo linguaggio, che e frutto, a nostro sospetto, di un equivoco verbale. L'errore essenziale e determinante, inducente annullabilita del negocio, e impropriamente chiamato talora in dottrina errore sui motivi. Qui non e gia che un motivo del negozio sia erroneo, e l'errore essenziale che costituisce il motivo del negozio.”

(138) Cfr. ALONSO: *El error sobre la causa*, cit., págs. 63-64: “Mas una cosa es el *error en los motivos*, como falsa representación de una realidad ajena al negocio, v. gr., adquiero un libro que no poseo por creer que lo tengo (sic), y otra el *error motivo*, como defectuosa intelección de elementos negociales —cualidades de la persona, del objeto, etc.— que motiva o determina una declaración de voluntad. El primero recae directamente sobre el motivo; el segundo sobre otros elementos que motivan —juicio de esencialidad— la declaración de voluntad”. Id., en anotaciones a PIETROBON, cit., págs. 504-505: “Si se quiere es menester separar la motivación determinante de la esencialidad del error sobre los motivos. En el primer supuesto se encaja la gran mayoría de las hipótesis que se dan en el vasto campo negocial. Así, en los contratos el error se caracteriza por un conocimiento equivocado de la sustancia —identidad, materia— de la cosa objeto del contrato, de las condiciones —cualidades— de la misma o de la persona (art. 1.266 C. c.). Tal conocimiento equivocado reviste carácter esencial si además se complementa con una originación o motivación principalmente impulsora de la declaración de voluntad. No se yerra sobre las motivaciones, éstas no son objeto de representación defectuosa; simplemente hay un conocimiento equivocado de cosas, objetos, cualidades, personas, que, *a posteriori*, dan motivo principal (conexión etiológica) a la celebración del contrato. Aquí, en cambio, nos debemos referir al *error sobre los motivos*, que se traduce en una intelección defectuosa de hechos extraños al esquema negocial. Supone inexacta represen-

pre que, de hecho, dé lugar a la celebración del mismo. En tal sentido —como indica Albaladejo—, el error motivo viene a coincidir con el error vicio (139); es el error que influye en la formación de la voluntad con entidad tal que determina el acto de volición.

Pues bien, así entendida la distinción, ¿a cuál de estos tipos de error se refiere el artículo 767? Decíamos líneas más arriba que la *causa* contemplada en tal precepto era la razón o el motivo que llevaba al testador a disponer, causa en sentido subjetivo o móvil incorporado al acto de disposición. ¿Habrá de ceñirse entonces la falsedad de la causa viciante de la voluntad testamentaria a sólo el motivo en sentido estricto? ¿Será, pues, irrelevante el error que, aun determinando la voluntad, recaiga sobre el objeto de la disposición o sobre la persona del instituido? Evidentemente no. El artículo 767 abarca ambas formas de error; aunque referido directamente a la causa, entiende a ésta como el dato determinante de la voluntad del testador: «a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución si hubiere conocido la falsedad de la causa». Y es claro —art. 1.266— que el error sobre el objeto o sobre la persona puede *dar motivo*, o ser *causa principal* del negocio en medida no inferior al error en el puro motivo. Las condiciones de la cosa o las cualidades de la persona, aun cuando lógicamente referibles a los elementos objetivos y personales del negocio, se integran en la causación del acto de voluntad concreta que, referido al objeto y a la causa en su penetración inescindible —art. 1.262— da lugar al negocio jurídico. El error no será entonces un error referido pura y directamente a la causa, pero se convierte él mismo en causa de la celebración del negocio, viciando de tal modo su causación.

Así, pues, el error que cuenta es el error determinante, sea cual fuere su objeto; y tan determinante es el error en el motivo, como el error que, recayendo en aspecto distinto, mueve efectivamente a disponer: el error motivo, aun sin recaer en el «motivo», es *motivo* o determinante de la disposición (da motivo a la disposición, en la expresión del art. 1.266). La causalización concreta

tación de las razones o móviles personales que inducen a contratar... Por tanto, no erramos sobre los elementos objetivos que, por ejemplo, recoge el artículo 1.266 del C. c., sino sobre las motivaciones o finalidades que las partes persiguen al negociar, con independencia de la finalidad intrínseca y objetiva (causa) a que por su naturaleza tiende cada figura negocial”.

(139) ALBALADEJO: *De nuevo...*, cit., pág. 473, nota 12: “Si se quiere desechar todo escrúpulo —provocado por la terminología— se puede hablar en vez de *error en los motivos...* de *error-motivo*, ya que no cabe duda que todo error vicio, en cuanto incide en el proceso de formación del negocio, se sitúa entre las representaciones intelectuales que determinan la voluntad o si es *error-motivo determinante* exclusivo, constituye la *sol*a representación intelectual *determinante* de la voluntad y en tal sentido puede hablarse de que constituye un *error-motivo*, ya que funciona efectivamente como *motivo* de la decisión”.

adviene al acto tanto del que, siendo motivo en sentido propio, se incorpora a la voluntad negocial en condiciones de considerabilidad jurídica, como de la estimación —posiblemente errada— de los elementos objetivos y subjetivos del negocio, determinantes (motivantes) de la celebración del mismo. La peculiar naturaleza del acto de última voluntad permite la más fácil causalización de los móviles dispositivos, por lo mismo que la sola voluntad —liberal— del disponente, sin necesidad de atemperaciones desde su inteligibilidad *ab altero* y suficientemente expresada, es la ley suprema de la sucesión. He aquí por qué en el testamento cuenta tanto el error en el motivo, y no sólo en vía excepcional —«la razón o motivo de legar es la parte noble y decisiva del legado», decía García Goyena (140)—, como el error motivo, recayente en objeto diferente; uno y otro «causalizan» la única voluntad que en esta materia cuenta (141). El error motivo termina siendo «motivo» (*causam dans, für die Verfügung kausal*) del acto dispositivo, comprendido, por tanto, en la previsión normativa del artículo 767. La distinción entre error en los motivos y error motivo se nos revela —una más— como otra de tantas distinciones más clara en el terreno de las abstracciones lógicas que en el plano de la observación de la realidad concreta.

Esa misma causalidad del error es la que da base a su designación como error esencial. Error esencial es el error determinante o causal (142). Se trata de una esencialidad que, a tono con todo lo relativo a la voluntad testamentaria, ha de ser subjetivamente

(140) *Concordancias...*, cit., pág. 384.

(141) Cfr. SANTORO PASARELLI: op. et loc. ant. cit.: «Qui non e gia che un motivo del negozio sia *erroneo*, e l'errore essenziale che costituisce il motivo del negozio. Questo e l'errore rilevante. L'errore sul motivo, come errore non essenziale, e normalmente irrilevante. Invece nella disposizione testamentaria e eccezionalmente rilevante anche l'errore sul motivo, purché il motivo sia indicato nel testamento e sia esclusivo». ALBALADEJO: *De nuevo...*, cit., pág. 478: «El error en los motivos o error-motivo o motivo-error, como quiera llamársele, no queda reducido al mero ámbito de los simples motivos que la teoría general del negocio jurídico contrapone a la causa, para declararlos irrelevantes como regla general (aunque se entiende que no lo eran en el art. 767), sino que se extiende a cualquier tipo de móvil que haya determinado al sujeto a formar una voluntad dada. Por eso el error *in persona* o *in corpore* o *in substantia*, o cualquier otro error posible, caben dentro del espíritu y de la letra del artículo 767, y por ello, serán base para invalidar las disposiciones testamentarias con tal de que hayan sido, como dice el artículo, 'causa falsa' (es decir, motivo determinante erróneo) de las mismas. Con lo cual en nuestro Derecho también se pueden invalidar aquéllas, por ejemplo, cuando el beneficiado no reúna las condiciones *por las que* se le instituyó, o la cosa legada *por ser de cobre sea de oro*».

(142) Cfr. e. c., LACRUZ-SANCHO: op. cit., pág. 465: «El legislador quiso invalidar, a través de este precepto, todas y solas las atribuciones que, estando determinadas causalmente por un motivo, por una representación que no tiene correspondencia con la realidad, no sólo expresan en el testamento la existencia del motivo, sino también su esencialidad, su carácter determinante».

apreciada: no interesa tanto el peso objetivo de determinabilidad de una cualquiera representación errónea respecto al patrón abstracto del hombre medio, cuanto el concreto y subjetivo valor motivante del error respecto al testador individual (143). Esencialidad que requiere, además, que el error invalidante sea —como expresamente dispone el art. 624 del *Código* (144), el que, él sólo, determina al testador a disponer; en otro caso, si se han expresado varios motivos como determinantes de la institución, aunque uno de ellos sea falso, subsistirían los otros expresados, como entre nosotros advertía Manresa (145). También aquí puede resultar más fácil fijar lógicamente el requisito de la determinabilidad o esencialidad que señalar con nitidez y claridad sus condiciones de apreciabilidad *super casum*; la historia enseña que es esta una cuestión de hecho que debe resolverse según las circunstancias del caso (146).

c) Llegados a este punto —antes, por tanto, de entrar en la consideración de la exigencia de reflejo testamentario del error— conviene hacer un alto en el camino para comparar en su contenido los artículos 767 y 1.266. Es verdad que en el primero destaca el tono negativo de su enunciado: la expresión de una causa falsa no cuenta, a no ser que... La regla jurídica de la relevancia del error determinante se expresa gramaticalmente en forma de excepción a una regla más amplia. Aunque menos llamativamente, algo similar ocurre en el artículo 1.266: «Para que el error invalide el consentimiento deberá recaer...». Ergo no todo error, sino sólo el que cumpla las condiciones fijadas en el precepto, será un error jurídicamente relevante. En todo caso, y más allá de la simple formulación gramatical, ¿difieren mucho en su contenido los artículos 767 y 1.266? Pregunta de interés, porque si su respuesta es negativa; esto es, si el artículo 767 aplica al testamento la misma regla que el 1.266 a los contratos, podrá comprobarse lo

(143) VARELA: op. cit., pág. 184: Basta, contudo, segundo a opinião pacificamente aceite entre os autores, a essencialidades subjectiva do erro, ou seja, a essencialidade da representação errónea no animo do testador; não se torna necessário que, em abstracto, o erro seja também essencial para a generalidade dos indivíduos.”

(144) “... ed e il solo che ha determinato il testatore a disporre”.

(145) MANRESA: op. cit., pág. 177. También, ALBALADEJO: *De nuevo...*, cit., pág. 479: “Basta que el motivo erróneo, aun concurriendo con otros más o menos relevantes (erróneos, a su vez, o no) sea el *determinante exclusivo*. Si los motivos que compelieron al testador a disponer como lo hizo fueron *varios*, todos igualmente determinantes, de forma que cada uno aisadamente hubiese sido suficiente para provocar la disposición, el hecho de ser erróneo alguno de ellos no permite basar la invalidación, ya que no fue determinante *exclusivo*. Si los motivos fueron varios, pero ninguno tuvo *por sí solo* eficacia determinante, pues el testador dispuso determinado por el *complejo de motivos*, tampoco basta que uno sea erróneo para que la disposición sea inválida, sino que se requiere el error en el complejo.”

(146) *Ad rem*, CAPITANT: op. cit., págs. 481-483, 488-491. Para otras consideraciones sobre la esencialidad del error en el testamento. Vid. VARELA: op. cit., págs. 184-195.

inane de la polémica sobre la aplicabilidad analógica del artículo 1.266 al testamento, y lo infundado del criterio restrictivo a la apreciabilidad del error testamentario sobre la pretendida base de los artículos 673 y 743: como si el artículo 767 no contuviera una *amplia* previsión sobre la materia, por más que al error no se aluda en el artículo 673!

Pues bien, según hemos comprobado, el artículo 767 sanciona la fuerza invalidante del error determinante, pudiendo considerarse tal, tanto el error en el motivo como el error motivante. ¿Varía mucho el criterio sustentado en el artículo 1.266? El análisis detenido de este precepto excede, evidentemente, la economía de este trabajo. Su atenta lectura, no obstante, permite afirmar su inspiración —bien clara, por cierto— desde la misma idea del error determinante (147). Así lo ha puesto de relieve Castro. «Este especial significado —dice— del artículo 1.266 resulta de dos expresiones: la que considera aquello que *principalmente* da motivo para celebrar el *contrato* y la que atiende a la *causa principal* del *mismo* contrato. Son coincidentes —añade—, no obstante la diferencia de los términos; pues la causa principal aludida no es la tenida en cuenta para tipificar y caracterizar en general los contratos (art. 1.274), sino aquellas condiciones de la persona, consideradas al modo como lo son las condiciones de la cosa y que dan motivo para celebrar un contrato. Lo que constituya el motivo o causa principal tenido en cuenta, podrá ser la sustancia de la cosa objeto del contrato, sus condiciones y la consideración de la persona. La mención de la *sustancia* no parece permita aislarla de su estimación como motivo» (148).

También Alonso interpreta el precepto en esta línea: «En los contratos —dice (149)— el error se caracteriza por un conocimiento equivocado de la sustancia —identidad, materia— de la cosa objeto del contrato, de las condiciones —cualidades— de la misma o de la persona (art. 1.266). Tal conocimiento equivocado origina o motiva una declaración viciada de voluntad (150). Incluso

(147) Cfr., de nuevo, el trabajo de MIQUEL, Juan: *Una aportación al estudio del error in substantia...*, cit., págs. esp. 83-84.

(148) CASTRO: op. cit., pág. 110; también, pág. 102.

(149) ALONSO: *El error sobre la causa*, cit., pág. 67.

(150) También, id. en anotaciones a PIETROBON, págs., esp., 502-504. Sin que por ello, no obstante, resulte tan claro en el pensamiento del autor el paralelismo entre el artículo 1.266 y el 767: el primero se ocuparía del error motivo; el segundo se limitaría al error en el motivo. En tal sentido ALONSO difiere del pensamiento de ALBALADEJO sobre el contenido del 1.266: “En realidad —dice en *El error sobre la causa*, págs. 74-75, nota 177— no es que cualquier tipo de error —*in persona, in corpore, in substantia*, etc.— quepan dentro del espíritu y de la letra del artículo 767, como piensa ALBALADEJO... Precisamente tal precepto es una limitación a la norma contenida en el artículo 673, que declara irrelevante el error del testador como regla general, en el sentido de que sólo puede anularse una institución de heredero viciada de falsa representación sobre el motivo causalizado. No parece viable, en consecuencia, invocar otros supuestos que excedan de consideraciones o creencias erróneas sobre

para Albaladejo —a la cabeza, como ya dijimos, de la corriente restrictiva en la apreciación del error testamentario— el contenido del artículo 1.266 cabe en la norma del artículo 767 (151) ¿Cómo entonces podrá admitirse el pretendido carácter excepcional del artículo 767? ¿Ni qué necesidad queda, contando con él, de aplicar analógicamente al testamento el artículo 1.266?

El artículo 1.266, digamos para terminar este punto, es entonces un buen precepto, que permite, por encima de su casuismo, posiblemente insuficiente (152), inducir el criterio universal de la apreciabilidad del error *determinante*. Con él coincide, para el testamento, el artículo 767 (153), y para el matrimonio —inequívocamente, tras su nueva redacción— el artículo 73, 4: es nulo el matrimonio celebrado por error en la identidad de la persona o «en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento». El error propio es, pues, objeto de una bien marcada homogeneidad normativa en los tres puntos más sobresalientes de la disciplina —dispersa— de la voluntad negocial.

d) Ahora bien, admitida la homogeneidad entre el artículo 767 y el 1.266 en razón del error que se considera invalidante, ¿no impondrá la esencialidad de la forma testamentaria especiales condiciones de apreciabilidad al error en el acto de última voluntad? Aun cuando el error relevante en el testamento sea el mismo que

las razones que llevan a disponer 'mortis causa' en la dirección señalada por el testador". En sentido parecido, BARCELLONA, *Errore*, cit., páginas 266-268, en la doctrina italiana, refiriendo el artículo 1.429 del *Codice* (nuestro 1.266) a la disciplina propia del error, mientras que el 624 (nuestro 767) pertenecería al peculiar juego de la causa en el negocio "mortis causa".

(151) ALBALADEJO: *De nuevo...*, págs. 470-471: "... puesto que: 1. El art. 767 no deja intacta, es decir, no deja *aparte* la aplicación a las disposiciones testamentarias de la teoría del error, sino que ésta sólo puede aplicarse a través de él. 2. Al legislador, en materia testamentaria, no le importa otro error que no sea el error en los motivos. Ahora bien, como indicábamos, los errores esenciales en base a los cuales, según la teoría general del error, el negocio sería inválido, son ni más ni menos que errores *en los motivos*, como pasamos a demostrar". Id. pág. 478: "Por eso el *error in persona* o *incorpore* o *in substantia*, o cualquier otro error posible, caben dentro del espíritu y de la letra del art. 767".

(152) Insuficiencia señalada por ALONSO. Nuestro 1.266 no llegaría ni al más completo casuismo del 1.429 italiano, ni a la feliz síntesis del § 119 BGB. Habría de ser completado para obtener una más suficiente regulación del error. Cfr. ALONSO: *El error...*, cit., pág. 40, y anotaciones a PIETROBON, págs. 508-509. Nosotros disentimos en el sentido indicado en el texto.

(153) De él ya decía MANRESA: op. cit., pág. 177, que está "en un todo conforme... con los preceptos generales de Derecho". Afirmaciones similares, en el Derecho italiano, pueden verse en PIETROBON: op. cit., páginas 669 ss. y en TRABUCCHI: op. cit., pág. 670: "Per l'errore nella determinazione vale, invece, la norma dell'art. 625, la quale sostanzialmente estende alla volontà testamentaria gli effetti dei vizi del volere per la generalità degli atti negoziali".

se toma en consideración en los contratos, el formalismo testamentario puede imponer restricciones en cuanto al vehículo de expresión o medio de constancia de la existencia y esencialidad del error (154). Efectivamente, es eso lo que ocurre cuando el artículo 767 impone como condición o requisito de apreciabilidad de el error que «del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa».

Pero, ¿cómo entender tal requisito formal? Entre nosotros se viene indicando a veces que en él se excluye la posibilidad de la prueba extrínseca y se impone la necesidad de indicación expresa, tanto del error como de la esencialidad. Entendemos que el artículo 767 no impone tal conclusión. La exigencia de la prueba intrínseca se apoya sólo, y sin base suficiente según creemos, en el texto del precepto. Se entiende que, aun cuando otra cosa sería deseable de *lege ferenda*, de *lege lata*, el artículo 767 la impone (155). Al igual que llega a afirmarse, con idéntica falta de apoyo

(154) “La naturaleza formal del testamento —dice CASTRO: op. cit., pág. 130— y su carácter unilateral, determinan ciertas particularidades para la apreciación del error en el testamento”. LACRUZ-SANCHO: op. cit., pág. 465: “Como cualquier representación puede actuar como motivo determinante, indica ALBALADEJO que por esta vía se introduce en el negocio *mortis causa*, en cierta medida, la operancia del error *in genere*. Pero las condiciones puestas a tal operancia por el propio precepto (causa y esencialidad expresas) de tal modo restringen el campo de crítica del acto que, en realidad, el art. 767 habrá de reducirse a su texto... Un motivo, aún determinante, que no resulta del testamento sino a través de la interpretación de la voluntad del testador recurriendo a medios extrínsecos de prueba, ya no entra en el supuesto legal”. ALBALADEJO: *De nuevo...*, cit., pág. 468: “siguiendo, como hace nuestro Código, el sistema de la prueba *intrínseca*... es indudablemente infundada la afirmación de que en esta materia el error es, a efectos de invalidez, igualmente relevante que en los contratos. Pues todos los errores, por muy esenciales que sean y por muy plenamente que puedan ser probados al margen del testamento, no servirán para invalidar la disposición, ya que el Código los desprecia, como desprecia el motivo ilícito (767,2) o el motivo erróneo (767,1, principio), cuando no resulte del testamento que fueron determinantes, considerándolos ‘como no escritos’ e inúti es, por tanto, para basar en ellos la invalidación”. Id. pág. 483: “Y ahí está la verdadera trascendencia del art. 767, artículo que no cierra el paso al error como causa de invalidez, puesto que cualquier error decisivo es base para la invalidación, con tal de que se pruebe intrínsecamente. Por ello la conclusión que es necesario extraer es la de que el art. 767 restringe sólo la prueba del error determinante”.

(155) Cfr. ALBALADEJO: op. cit., pág. 482: “El art. 767 requiere que se pruebe mediante el testamento cuál fue el motivo, es decir, que se exprese en el testamento la causa. Asimismo exige que conste en el testamento el carácter determinante de la misma, es decir, ‘que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa’. El legislador ha acogido, pues, sólo la prueba intrínseca —contenida en el propio testamento—. Lo que está fundado —aparte de que sea acertado o no— en la seguridad que, quizá yendo demasiado lejos, se ha querido dar a las disposiciones testamentarias... Partiéndose, pues, incluso, si se quiere, de la base de

en la ley, la necesidad de indicación expresa de la motivación errónea esencial (156).

Nosotros entendemos que son cosas distintas la exigencia de constancia expresa y el simple «resultar del testamento» que, como todo y sólo requisito, exige el artículo 767 (157). Varela, que ha destacado magistralmente la diferencia, concluía en relación con el artículo 1.745 del antiguo Código portugués (y la conclusión es perfectamente aplicable a nuestro 767) que la invocación de la causa exigida por la ley puede traducirse en la mera alusión a una circunstancia, cuya conexión psicológica con la voluntad del declarante puede desprenderse del fluir de la cláusula, sin necesidad de que venga explícitamente enunciada en el tenor del testamento (158). Siendo ello así es claro que el *resultar del testamento* no debe impedir el recurso a la prueba extrínseca (159). Hay entre nosotros jurisprudencia suficiente en favor de este criterio (160)

que el Código debió ser más liberal en la admisión de pruebas, lo que no cabe negar *de lege lata* es que exige la prueba intrínseca”. ALONSO, en anotaciones a PIETROBON, cit., pág. 702: “Del art. 767, ap. 1.º, se deduce que el legislador admite únicamente la *prueba intrínseca*, inferida de elementos ajenos al testamento”.

(156) LACRUZ-SANCHO: op. et loc. cit.: “Pero las condiciones puestas para tal operancia por el propio precepto (causa y esencialidad expresas)...”

(157) La diferencia resalta de la simple comparación entre el artículo 828 del viejo *Codice* de 1865 y el artículo 624 del vigente, de 1942. Según el primero el motivo erróneo había de ser expreso; de acuerdo con el segundo, basta que resu te del testamento (justamente la misma expresión que utiliza nuestro 767). He aquí cómo enjuicia SANTORO PASARELLI: op. cit., pág. 244, el cambio: “Questo importava, a nostro avviso, non solo che il motivo poteva provarsi unicamente col documento testamentario, ma anche che la forma, quella precisa forma di manifestazione del motivo era condizione di rilevanza del medesimo. Secondo il nuovo Codice e sufficiente che il motivo *risulti* dal testamento (art. 624; cfr. anche art. 626). Cio vuol dire che *e mutato non solo il regime della prova*, pur restando questa documentale, *ma anche quello della forma di manifestazione del motivo* per la rilevanza dello stesso: non solo la prova, ma la forma e resa piu agevole”.

(158) VARELA: op. cit., pág. 206.

(159) Cfr. CASTRO: op. cit., págs. 129-130, donde, refiriéndose al artículo 767, dice que “respecto de la institución de heredero ‘caput et fundamentum’ del testamento, se atiende al error, y que para ello se han de tener en cuenta circunstancias extrañas al tenor del testamento. Teniendo, además, en cuenta que la doctrina admite ‘las pruebas extrínsecas’ para la interpretación del testamento, no parece haya dificultad para atender a la equivocación, por ejemplo, respecto a la designación de una finca... No se puede prescindir del apoyo del texto mismo del testamento (art. 675). Cuando se trata de error que determina la voluntad habrá que partir de lo expresado en el testamento, para averiguar si el hecho sobre que recae el error era considerado por el testador como determinante de su voluntad; las pruebas extrínsecas se podrán utilizar como corroborantes o aclaratorias...”.

(160) A partir, sobre todo, de la importante sentencia de 8 de julio de 1940: “En toda interpretación de voluntad, y más cuando se trata de declaraciones de voluntad que la doctrina científica llama ‘no recepticias’, entre las cuales figura como una de las más típicas el testamento, se ha de considerar decisiva la voluntad real del declarante, cual así lo da

que, por otra parte, es criterio legal en el moderno Código civil portugués (161). Y es que, como entre nosotros ha destacado Jordano, los fundamentales criterios de interpretación de la voluntad testamentaria —previa a la valoración del error (162)— y de primacía de la intención o voluntad real interna sobre la inexacta o insuficientemente declarada, exigen, por un mínimo de coherencia, la utilización también en este caso de cuantos elementos puedan iluminar sobre la exacta y real voluntad del causante, reflejada suficientemente, aun cuando no perfectamente expresada en el texto del testamento (163). Incluso el mismo Código civil, en pre-

a entender el artículo 675, apartado 1 de nuestro C. c. y está sancionado por la constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo, mas ello es, como se infiere de este mismo artículo, a base de que el contenido de dicha voluntad haya tenido expresión en la declaración y pueda reconocerse en ésta de algún modo, cualquiera que sea, pues si bien no hay obstáculo legal que impida al juzgador acudir, para la interpretación del contenido de las disposiciones testamentarias, a circunstancias exteriores al testamento (.os llamados medios de prueba 'extrínsecos'), es menester, por razón sobre todo del carácter de acto formal o solemne que tiene el testamento, y que aparece consagrado en el artículo 687, que el sentido averiguado y desenvuelto por la interpretación tenga una expresión, cuando menos incompleta, en el documento...". En esta línea se mantiene la jurisprudencia posterior, con la sola y poco significativa excepción de la sentencia de 11 de abril de 1958: "el criterio rector que ha de presidir la exégesis de ésta (disposición de última voluntad) ha de tomar como base el testamento mismo, por la elemental razón de que se trata de una declaración de voluntad no recepticia, cuyo sentido y alcance no aconseja, ni acaso permite, acudir a los llamados medios de prueba extrínsecos...". Para Díez PICAZO: *Jurisprudencia civil*, III, cit., pág. 490, esta sentencia constituye una extraña regresión en la doctrina jurisprudencial.

(161) El artículo 2.202, exige, como nuestro 767, que el error "resultar do proprio testamento", y el 2.187 (interpretación del testamento) dispone en su segundo párrafo: "E admitida prova complementar, mas não surtira qualquer efeito a vontade do testador que não tenha no contexto un minimo de correspondencia, ainda imperfeitamente expressa".

(162) Cfr. BADOSA, en KIPP, cit., pág. 282: "La interpretación determina si la representación del testador tiene realmente el valor de motivo de la institución y si este va'or es además decisivo".

(163) JORDANO: *Interpretación del testamento*, cit., págs. esp. 51-54: "La verdad es, sin embargo, que el artículo 767 está subordinado a la norma fundamental del artículo 675; previamente ha de intervenir la interpretación para puntualizar: 1. Si el motivo resulta del testamento (cuando no es declarado abiertamente, puede todavía ser inducido por vía interpretativa, recurriendo incluso a la prueba extrínseca, con tal que dicho motivo tenga alguna *expresión*, aun incompleta, en el mismo documento testamentario); 2. Si el carácter determinante del motivo resulta del testamento, porque, a través de su propio contexto, o *aliunde*, pero, en todo caso, con algún apoyo textual, siquiera imperfecto, puede demostrarse que el motivo fue determinante de la voluntad, en el sentido de que, en su falta, el sujeto no habría hecho la disposición. La pretendida exigencia de la prueba intrínseca del error impediría, en el pensamiento de ALBALADEJO, la atendibilidad, tanto del llamado error obstativo, como del error vicio en los casos en que éste resulte puesto de manifiesto por la interpretación, valiéndose de la prueba extrínseca. Mas esto implica un fuerte contrasentido, pues, o se admite por igual la posibilidad del recurso a la prueba extrínseca en los dominios del error y de la inter-

ceptos concretos, favorece la admisibilidad de la prueba extrínseca; el error determinante no necesita indicación expresa en el testamento. Tal ocurre, e. c., en el desconocimiento de las causas de indignidad (art. 757), o en el de la ajenidad de la cosa, desencañenante de la nulidad del legado (arts. 861-862) (164).

Y así, efectivamente, debe ser. La forma, aún esencial, es siempre funcional y relativa: vale en cuanto vehículo de conocimiento de la auténtica voluntad negocial. En tal sentido se la puede exigir y así se la ha de tratar. En el testamento es especialmente marcada la necesidad de la forma. El testador no puede expresar ni aclarar su voluntad —ley de la sucesión— al tiempo de producirse ésta. Dicha voluntad, en interés de su efectividad y como garantía de seguridad en la sucesión, ha de quedar reflejada en forma suficiente: esta es la función del testamento. Función que plenamente cumple cuando se le entiende al servicio de la voluntad que manifiesta y no como límite o barrera de la intención no expresamente indicada, aunque sí suficientemente manifestada (165). El testa-

pretación, o se niega también por igual... Además, siguiendo la tesis criticada se pondría en grave crisis la interpretación subjetivista del testamento y el valor del principio de la prevalencia de la voluntad sobre la declaración en el negocio unilateral *mortis causa*...". Vid. también, VARELA: op. cit., págs., e. c., 162-167.

(164) "En nuestro artículo —decía GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, cit., págs. 367-368— no se ha adoptado el rigorismo sobre la necesidad de expresarse en el testamento la ciencia del testador, porque puede haber otras pruebas de esto que su declaración o enunciativas, y al juez toca la apreciación de los hechos". Tal disciplina era perfectamente homogénea con el entonces proyectado artículo 721 (actual 767) en el que no se hacía referencia alguna al reflejo testamentario del error: "Toda disposición testamentaria a título universal o particular, fundada en una causa falsa, quedará sin efecto si el interesado no probare que el testador tuvo, para hacer la disposición, otra causa tan atendible como la expresada". Comentaba GARCÍA GOYENA (pág. 384): "El 811 Sardo, dice: 'si no resulta del testamento que la causa expresada ha sido la sola que ha determinado al testador, la disposición producirá efecto, aun cuando la causa resulta falsa': nuestro artículo se aparta mucho de éste y evitará pleitos determinando cuándo y por quién ha de hacerse la prueba". Nuestro legislador prefirió a este precepto el 3.380 del Cod. mejicano, y en él se hace referencia al "resultar del testamento"; aun así, es claro que los artículos 861-862 prescinden de la prueba intrínseca (que, además, no puede verse impuesta genéricamente, por la expresión del art. 767). De hecho, ALBALADEJO, en los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XII, 1. Madrid, 1981, pág. 53, dice: "La prueba de que el testador sabía ser ajena la cosa puede ser de cualquier tipo, y facilitarse a base del testamento (como si en él expresa o tácitamente declara el testador saberlo, o consta en el mismo de algún modo que lo sabía) o por otros medios cualesquiera, ya que la ley no pide que se deduzca de aquél".

(165) Cfr. CAPITANT: op. cit., págs. 89-90: "¿Dónde comienza esta voluntad, dónde es preciso detenerse, cómo aislar el acto de volición de los motivos psicológicos que le han precedido y acompañado? No tenemos otro elemento de determinación que los términos mismos de que se ha servido el testador, la fórmula a que ha incorporado su intención liberal. Mas hay que guardarse de atenernos exclusivamente a esta fórmula, porque correríamos el riesgo de desconocer la voluntad exacta del tes-

mento cumple su función cuando en él la voluntad encuentra algún reflejo; cuando —como dijo la sentencia de 8 de julio de 1940— «haya tenido expresión en la declaración y pueda reconocerse en ésta de algún modo, cualquiera que sea». Hasta aquí es razonable la exigencia formal; aquí ya evita lo que Endemann llamaba *die Jagd nach den Motiven*; más allá comenzaría a sacrificar la voluntad a la forma. La negativa a la prueba extrínseca termina por suponer la hipertrofia de la forma y la desvirtuación de la *voluntas testantis* (166).

He aquí, pues, en su justa medida, según creemos, la particularidad del error apreciable en el negocio de última voluntad: la necesidad de su reflejo en el testamento. Es pura derivación de la exigencia formal del mismo testamento. Su *ratio* es clara: la constancia cierta de que el error motivante se integra en el contenido del acto de la voluntad. La necesidad de que *ante mortem* quede suficientemente fijada la *voluntas testantis*, impone el reflejo testamentario del error padecido por el testador; no necesita, en cambio, ni la exige la ley, la expresión directa del error ni la indicación explícita de su fuerza esencialmente motivante o determinante.

Quedaría aún por indicar un punto en que la disciplina del error testamentario difiere de la regulación general del error en el negocio jurídico. La diferencia —ya aludimos anteriormente a ella— no se refiere ahora a las condiciones o requisitos de apreciabilidad del error, sino al régimen a que, una vez apreciado, es sometido dicho error. En el contrato la impugnación siempre deja la puerta abierta a la posibilidad de un nuevo acuerdo que, sustituyendo al impugnado, da a su objeto solución conforme al interés y voluntad de las partes. En la sucesión, por el contrario, la impugnación del testamento o de alguna de sus concretas disposiciones abriría el camino, en defecto de previsión *ex voluntate*, a alguno de los resortes legales sustitutivos. El remedio puede resultar excesivo cuando, no obstante el error o desconocimiento del testador sobre concretos hechos o circunstancias, conste la dirección prevalente de su voluntad dispositiva, más próxima al retoque accidental en lo expresado como contenido de voluntad,

tador. Con razón tiene aplicación aquí el adagio clásico: 'el espíritu vivifica, la letra mata'. Ante todo debemos inquirir el espíritu que ha dictado la letra, porque lo que importa principalmente es conocer la intención real y completa del disponente. Y para descubrirla hay que atender no sólo a los términos empleados, sino a todas las circunstancias que permiten reconstruir en toda su integridad la voluntad del testador, pues sólo ella interesa. Ahora bien, es necesario para ello penetrar en su fuero interno e investigar no sólo el fin que buscaba, sino también las razones que ejerciesen influencia determinante sobre sus intenciones. Si el testador ha obrado erróneamente es preciso averiguar si este error ha sido determinante, y si se llega a la conclusión de que, informado exactamente, no habría hecho el legado, no debe dudarse en pronunciar su nulidad. Porque, repetimos, en esta materia hay que atenerse escrupulosamente a su voluntad."

(166) Cfr., de nuevo, JORDANO: op. cit., págs. esp. 85-90.

que, e. c., a la apertura de la sucesión legal. Por esta razón la ley ordena —cuando el supuesto así lo permite (art. 798)— el cumplimiento de la voluntad del testador, si no en sus propios términos, sí en otros, los más análogos y conformes a su voluntad. La interpretación de la voluntad hipotética, presunta o conjetural del testador —*favor testamenti*— opera así como límite a la impugnación del testamento por error (167).

e) Terminado el análisis del artículo 767, queda aún por responder una cuestión cuya formulación puede hacerse en este lugar, pero cuyos datos de respuesta resultan ya suficientemente de lo anteriormente expuesto. El artículo 767 se refiere a la significación invalidante de la causa falsa: ¿será de aplicación restrictiva o podrá extenderse su mandato a la causa no verificada, aun sin juicio previo sobre ella que en rigor permita hablar de error y de falsedad (168)? Late en la pregunta el tema ya abordado sobre el significado sustancialmente idéntico del error y la ignorancia. Evidentemente no es, lógicamente, lo mismo errar por emitir un juicio disconforme con la realidad que no prever un determinado estado de cosas, significativo, no obstante, para la efectividad razonable y con sentido, según la intención del testador, del propio acto de disposición. En el primer caso hay error y falsedad; en el segundo sólo imprevisión o ignorancia. ¿Deberá ceñirse el artículo 767 sólo a los casos de error?

Códigos de mayor rigor y riqueza técnica que el nuestro —como

(167) Cfr., en la doctrina alemana, KIPP: op. cit., págs. 266-267: “De todos modos la jurisprudencia ha atenuado los desagradables efectos de la regulación legal, desarrollando la *interpretación complementaria* de los testamentos y atribuyendo a esta interpretación *preferencia ante la impugnación*. Con ello la zona de aplicación de las normas de impugnación ha quedado esencia mente disminuida... Se trata de que se han producido ulteriormente circunstancias contrarias a las esperanzas del causante o totalmente imprevistas por éste... La disposición del causante debida a suposiciones erróneas, no queda anulada, sino adecuada al cambio de las circunstancias. Con ello se toma en consideración la hipotética (irreal) *intención positiva* del causante...”. En Portugal, VARELA: op. cit., pág. 194: “Tanto os princípios básicos, que governan a sucessão testamentaria, como as considerações de justiça e de razoabilidade, adequadas ao caso, convergem na seguinte ideia: a disposição testamentaria —sancionada pela vontade real e livre do *de cuius*— so deve ser declarada ineficaz quando subsistam razões serias para presumirmos que o enganado teria preferido a nulidade (com as respectivas consequências) a validade da *clausula*. Noutros termos: o julgador, chamado a apreciar a validade da disposição influenciada por um erro-nos-motivos, deve, adoptar a solução que o proprio testador perfilharia se, *com pleno conhecimento de causa*, fosse chamado a pronunciar-se sobre o mesmo problema; e na duvida, deve optar sempre pela validade da disposição”. Entre nosotros, para la interpretación integradora del testamento y la voluntad conjetural del declarante, cfr. JORDANO: op. cit., págs. 101-107.

(168) Cfr. *ad rem*, SATTA: *Motivo mancato e motivo erroneo nel testamento*, Giur. it. 1949, I, págs. 665-668.

es el caso de los dos alemanes: el BGB y el de la DDR (169)—expresamente comprenden, equiparados, en la misma norma el error y la imprevisión. ¿Podríamos nosotros, sin una norma similar, extender hasta la imprevisión lo que el Código expresamente dispone sólo para el error? Sin necesidad de habernos de detener ahora en su justificación, creemos procede la respuesta afirmativa. La semejanza de significado del error y de la ignorancia lo permite. Es más: si en Alemania la distinción se hace necesaria —Castro lo ha destacado magistralmente— es por el abandono de la rica y fecunda figura de la causa concreta. Animando ésta en nuestro Derecho la regulación del error, ninguna necesidad hay de añadir al margen de ella recursos supletorios como el de la base del negocio o el de la reserva virtual (170). Si, como ha indicado Alonso Pérez (171), el error, sin ser vicio de la causa, llega a afectar a la causa, a la inversa, podemos añadir, el defecto de causa termina por reconducir el supuesto a la disciplina del error. La relevancia viciante de la causa falsa es extensible a la imprevisión o desconocida inexistencia de causa. Si nuestro legislador no destaca la hipótesis es más por insuficiencia técnica que por voluntad de exclusión (172).

No puede ser argumento en contra de esta opinión el, a veces propuesto como tal, basado en la falta de expresión testamentaria de la simple ignorancia y de su alcance determinante (173): sin necesidad de manifestación *expresa* —según antes expusimos—

(169) Parágrafos 2.078 y 374 respectivamente.

(170) CASTRO: op. cit., pág. 103: "No estará de sobra advertir toda vía que esta señalada conexión entre declaración negocial y causa concreta (motivo incorporado) no es algo peculiar del Derecho español; la doctrina alemana, impulsada por las necesidades de la práctica y guiada por las decisiones de los tribunales, ha creído necesario construir la figura del fundamento o base del negocio jurídico (*Rechtsgrundlage*) (sic) para, en buena parte, resolver con ella casos de error, a a manera como lo vienen haciendo los Tribunales españoles". Id., pág. 325.

(171) ALONSO PÉREZ: *El error sobre la causa*, cit., págs. 75-77.

(172) Ampliamente, sobre el Código portugués derogado, VARELA: op. cit., págs. 209 ss., esp., e. c., pág. 348: "O facto de os artigos 659 e 660 aludirem somente ao erro sobre a causa, e de o artigo 1.745 se referir apenas a invocação duma causa *falsa* e a reacção que o testador experimentalmente, se conhecesse a *falsidade* da causa invocada, deve atribuir-se, portanto, segundo a conclusão imposta pela análise teleológica dos mesmos preceitos, a simples circunstância de o legislador —tal como a ciencia jurídica da época, toda enfeudada a uma deficiente perspectiva dos problemas ventilados— ter raciocinado sobre um círculo apriorísticamente limitado de hipóteses: a essa circunstância e não a intenção firme e esclarecida de subordinar a existencia do *erro* a atendibilidade da vontade conjectural do declarante, visto o *erro* nao se mostrar imprescindível na consecução dos objectivos substanciais prosseguidos pelo legislador, dentro dos regimes analisados."

(173) BADOSA: op. cit., pág. 278: "No se puede equiparar ignorancia a error. En la ignorancia falta la expresión testamentaria de la circunstancia y, por supuesto, la de su valor determinante. Por ambas razones no entra en el artículo 767. 1."

ambas pueden *resultar* del testamento. Y lo que más cuenta: en ocasiones aisladas el Código somete a la misma disciplina del error supuestos de imprevisión o simple ignorancia. ¿No podría ser éste el caso de la sobreveniencia de legitimarios, desencadenante de una preterición no intencional (174) y el de la pérdida de lo que le hubiere dejado el testador por el albacea que no acepte el cargo o que lo renuncie sin justa causa (art. 900) (175)? En definitiva, pues, que aun cuando referido expresamente sólo al error (falsedad de la causa), lo dispuesto en el artículo 767 es igualmente aplicable a la imprevista inexistencia de causa. La voluntad concreta está tan supeditada a la verdad como a la existencia de la causa. El defecto de ésta se produce igualmente cuando positivamente se yerra sobre la causa que cuando sin juicio completo sobre ella, se deja de prever su inexistencia o se proyecta sobre presupuestos que posteriormente dejarán de producirse.

VI

Hemos pretendido en este trabajo dar respuesta a una cuestión cuyo tratamiento en nuestra doctrina no es pacífico: el error en el testamento. He aquí, de modo resumido y en lo principal, nuestras conclusiones:

1. No puede afirmarse, desde nuestro Código civil, que el error sea irrelevante, o sólo excepcionalmente relevante en el testamento. No son pocos los preceptos del Código que toman en consideración, tanto el error obstativo o en la declaración (arts. 668, 675, 768, 773) como el error vicio o en la formación de la voluntad (arts. 757, 767, 796, 798, 814, 862...).

(174) En este sentido la trata VARELA: op. cit., págs. 214-239, quien se hace eco, no obstante, de la explicación objetivista de ENDEMANN, pág. 234, nota 2: "Die Anfechtbarkeit ist nicht die Folge des Irrtums des Erblassers, sondern sie wird aus des erbrechtlich geschützten, familienrechtlichen Stellung des Pflichtteilberechtigten geboren". La distinción —hoy expresa en nuestro art. 814— entre preterición intencional y no intencional, obliga a completar la explicación objetiva y normativista. Podrá, con todo, decirse que el supuesto indicado lo es más de error que de ignorancia. Prueba de la proximidad de ambas hipótesis, justificante del igual sometimiento de las mismas a idéntico régimen.

(175) ¿Se trata de una sanción legal o es que el legis'ador interpreta la voluntad conjetural del testador? VARELA: op. cit., págs. 239-252, esp. 246, se inclina por lo segundo. Entre nosotros, ALBALADEJO: *Comentarios...*, cit., págs. 146 y siguientes, apunta hacia la sanción legal; no obstante justifica la norma —pág. 152— del siguiente modo: "Puesto que la recompensa *por* el albaceazgo o *para* el albacea, se deja, precisamente, a causa de la carga que la misión supone, si no se soporta ésta, carece, en principio, de razón la percepción de aquella... (sub. del a.). En cuanto a lo dejado *mortis causa*, también la razón de la pérdida habría de estar, en principio, en ser aquello compensación, que no procede por servicio no prestado."

2. Nada significan en contra de esta afirmación, ni el silencio de los artículos 673 y 674, concebidos ambos desde perspectiva ajena a la del error, como es la de la interferencia *ab altero* de la libre voluntad testamentaria; ni el carácter pretendidamente excluyente del artículo 743; precepto, éste, que debe ser leído también desde los artículos antes citados, especialmente desde el 773 y el 767.

3. El artículo 773 recoge, y trata como tal, un supuesto típico, quizá el más amplio y general, de error obstativo (norma susceptible de aplicación analógica). Descubierta a pesar de su defectuosa expresión la voluntad testamentaria, a ella ha de estarse; en caso contrario, la disposición será ineficaz.

4. El artículo 767 contiene la más general previsión (igualmente susceptible de aplicación analógica) sobre el error vicio en el negocio de última voluntad. Su amplitud y contenido (paralelo al de los artículos 1.266 y 73, 4) hacen innecesaria la aplicación analógica del artículo 1.266 al testamento.

5. La peculiar exigencia formal impuesta por el artículo 767, ni impone la indicación expresa de la falsedad y esencialidad del motivo, ni, por tanto, veta el recurso a la prueba extrínseca.

6. Lo dispuesto en el artículo 767 respecto a la falsedad de la causa es analógicamente aplicable a la inexistencia de la misma.

Dos sentencias del Tribunal Constitucional italiano sobre cuestiones matrimoniales

JUAN SARMIENTO RAMOS,

Letrado de la Dirección General de los Registros

I. Las importantes semejanzas entre los ordenamientos italiano y español, en torno al tema del sistema matrimonial, hacen conveniente tomar en consideración los pasos dados en el país vecino, de cara a la posible repercusión que los mismos puedan tener en nuestra doctrina. Efectivamente, tanto el ordenamiento italiano como el español parecen partir, en principio, del sistema de libre elección entre el matrimonio canónico y el matrimonio civil, atribuyendo a ambos idéntica eficacia civil una vez que medie la inscripción correspondiente (1). Sin embar-

(1) En el Ordenamiento italiano encontramos las siguientes normas que conforman dicho sistema:

— Artículo 7 de la Constitución:

«El Estado y la Iglesia son cada uno en su propio Ordenamiento independientes y soberanos.

Las relaciones entre ambos serán reguladas por el pacto bilateral...».

— Artículo 82 Código civil:

«El matrimonio celebrado ante el ministro del culto católico, será regulado de conformidad con el Concordato con la Santa Sede y con las Leyes especiales sobre la materia.»

— La Ley 810/1929, de 27 de mayo, que contiene disposiciones relativas a la aplicación del Concordato de 11 de febrero de 1929 en materia matrimonial, y cuyo artículo 5.º señala:

«El matrimonio celebrado ante el ministro del culto católico, según las normas de Derecho canónico, produce desde el día de la celebración los mismos efectos del matrimonio civil, cuando se ha transcrito en el Registro del Estado civil...»

— El artículo 17 de la misma Ley 847 establece:

«La sentencia del Tribunal eclesiástico, que pronuncia la nulidad del matrimonio, o el procedimiento en el que se acuerda la dispensa del matrimonio rato y no consumado, una vez que haya mediado el Decreto del Supremo Tribunal de la Signatura (...) será presentado en forma auténtica al Tribunal de apelación (...).

El Tribunal de apelación con ordenanza dictada «in cámara de consiglio» convierte en ejecutiva la sentencia, o el procedimiento de dispensa del matrimonio celebrado ante el ministro del culto católico, y transcrito en el Registro del estado civil...

go, los diferentes principios y aspiraciones que mueven a la Iglesia y al Estado, hacen que las regulaciones civil y canónica sobre el matrimonio ofrezcan importantes divergencias, sobre todo en sede de edad, impedimentos, etc. La doctrina se esfuerza en buscar las vías que permitan atenuar estas discrepancias, dentro del respeto recíproco a la soberanía e independencia de cada una de estas entidades. Así, mientras un importante sector doctrinal busca forzar la normativa vigente, para dar cobijo en ella al sistema de matrimonio civil obligatorio con pluralidad de formas de celebración (entendidas éstas en el sentido más estricto de ritos o solemnidades que rodean al acto de prestación del consentimiento); otro grupo de autores, partiendo del respeto al sistema electivo, busca razones que permitan excluir la eficacia civil de matrimonios canónicos que, amparados en la legislación eclesíástica, chocan, en cuanto a sus requisitos de fondo, con los criterios inspiradores de la legislación civil; y es dentro de esta segunda perspectiva, donde se mueven las sentencias 16, 18-1982 del Tribunal Constitucional italiano, cuyos fundamentos intentaremos extraer por la indudable repercusión que puedan tener.

II. La sentencia número 16 se coloca ante el problema de la diferente regulación de la edad núbil en los ordenamientos canónico y civil italiano. Así, mientras el segundo establece que sólo podrán contraer matrimonio los mayores de edad (que se alcanza a los dieciocho años cumplidos) o los menores mayores de dieciséis años que obtengan autorización del Tribunal de Menores por existencia de motivos graves y previa comprobación de la madurez psicofísica del interesado (art. 84 Código civil); el primero se conforma con que se haya alcanzado la edad de dieciséis años si se trata de varones o de catorce si son mujeres (c.1.067).

Cabe así, que un menor que no pueda acceder al estado conyugal por vía civil, consiga idéntico resultado a través del matrimonio canónico seguido de inscripción.

El Tribunal Constitucional se enfrenta, pues, con el problema de decidir acerca de la validez de esta posibilidad, pues como va se pusiera de manifiesto en las discusiones parlamentarias a propósito de la reforma del Derecho de Familia, es necesario una elevación del límite de edad núbil que asegure, no sólo el desarrollo fisiológico necesario,

Este artículo reproduce los párrafos 5.º y 6.º del Concordato del 11 de febrero de 1929.

Por lo que respecta a nuestro Ordenamiento, tenemos las siguientes disposiciones que prescindiendo de las discusiones doctrinales, parecen aceptar el sistema electivo. Son éstas:

1.º El artículo 6.º del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre la Santa Sede y el Estado español ratificado a nivel de Estado el 4 de diciembre de 1979, establece: El Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas de Derecho Canónico...

— El artículo 60 del Código civil: «El matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico (...) produce efectos civiles...»

— Artículo 62-2.º Código civil: Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil:

sino además y sobre todo, una madurez psíquica que permita «un pleno conocimiento de las obligaciones que el estado matrimonial comporta, y de los compromisos que lleva consigo dentro del ámbito familiar, especialmente en las relaciones con los hijos». Se hace necesario que la prestación del consentimiento matrimonial se apoye en la plena conciencia sobre el significado de la vida y sus valores, que permita aceptar las consecuencias previstas o previsibles de los propios comportamientos. Inciden además otras consideraciones secundarias:

— El final de la familia patriarcal y la correlativa mayor autonomía de los cónyuges dentro del contexto social.

— La necesidad de una preparación escolar más amplia.

— El dato estadístico relativo al gran número de matrimonios entre adolescentes que concluye en la ruptura.

Por otra parte, es necesario moverse dentro del respeto al conjunto normativo relativo al matrimonio canónico que, como ya manifestará en otra ocasión este mismo Tribunal, no implica una violación al principio constitucional de igualdad, dado que encuentra cobijo en otra norma básica, el artículo 7 de la Constitución ya citado.

La solución ante esta disyuntiva según el planteamiento del Tribunal de instancia aceptado por el Tribunal Constitucional, está en la sustantivización, en el reconocimiento de autonomía lógica, temporal y jurídica al acto previo de elección entre el matrimonio civil y el canónico. Se afirma así que para que la regulación canónica del matrimonio no implique quiebra del principio de igualdad, recogido en el artículo 3 de la Constitución (2), es necesario que la opción por la misma se haga con pleno conocimiento y libertad; no sería admisible que un menor quede sujeto a las consecuencias de una normativa elegida irreflexivamente. Es preciso que esta elección se realice con plena capacidad, y surge aquí, para el Tribunal, la siguiente pregunta: ¿Qué normativa debe regular esa capacidad? El Tribunal en este punto fue categórico: De acuerdo con los criterios del artículo 17 del Código civil (3) esta materia debe encomendarse a la legislación del Estado, y según ésta, aquella capacidad sólo puede ser reconocida a quien haya adquirido, con la mayoría de edad, la capacidad de obrar, o en quien siendo menor, mayor de dieciséis años, le sea reconocida por la autoridad judicial competente.

Consecuencia de tal argumentación es la declaración de ilegitimidad constitucional del artículo 12 de la Ley 847 de 27 de mayo de 1929, en cuanto establece que si la celebración del matrimonio canónico no hubiese sido precedida de la entrega por parte del fun-

(2) El artículo 3.º de la Constitución señala:

«Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social, y son iguales ante la Ley, sin distinción de sexo, de raza, de religión y de opinión política, o de condición personal o social. (...).

(3) Artículo 17 del Código civil: El estado y la capacidad de las personas y las relaciones familiares se regulan por la Ley del estado al que se pertenece.

cionario del Registro Civil, del certificado de que nada obsta a la celebración del mismo, tenga igualmente lugar la inscripción del matrimonio, salvo en determinados supuestos, entre los que no se recoge el de matrimonio canónico contraído por quien no tiene la capacidad para elegir entre una u otra forma de celebración, ya por ser menor de edad, ya por ser nubente no incapacitado, pero que se encuentra en estado de incapacidad natural.

También se declara, por rigor lógico, la ilegitimidad constitucional del artículo 16 de la misma Ley, en cuanto que sólo permite impugnar la inscripción del matrimonio canónico en los supuestos señalados en el artículo 12.

III. Por lo que respecta a la sentencia número 18, trata dos cuestiones de indudable interés por la actualidad que tienen en nuestro país.

La primera de ellas es la de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la reserva a la jurisdicción eclesiástica de las causas de nulidad de los matrimonios canónicos.

La segunda está en íntima conexión con la anterior, pues para el caso de que ésta reciba una solución positiva, se pregunta al Tribunal acerca de la extensión de las facultades de conocimiento del Juez estatal que ha de dar eficacia civil a la sentencia canónica.

Idénticos interrogantes se plantean también en torno a la dispensa canónica del matrimonio rato y no consumado.

Con relación a la primera cuestión, se pide al Tribunal Constitucional que decida sobre la conciliación de aquella reserva jurisdiccional apuntada, con el Principio Supremo del Ordenamiento Constitucional del Estado, garante del derecho a la protección jurisdiccional, recogido en los artículos 2, 3, 7, 24, 25, 101 y 102 de la Constitución, teniendo en cuenta los aspectos peculiares y esenciales que —en cuanto a la posición de los Jueces, derechos y deberes de las partes, régimen de prueba, desarrollo del procedimiento y posibilidad de firmeza de la sentencia— caracterizan al sistema del proceso matrimonial canónico.

El Tribunal entiende que no hay incompatibilidad entre tales supuestos, y ello en virtud de los siguientes argumentos:

1.º Que a pesar de las particulares características del proceso matrimonial canónico, en las causas de nulidad de dichos matrimonios, un Juez y un juicio están garantizados. La naturaleza jurisdiccional de los órganos y del procedimiento está avalada por una tradición de siglos; y aunque es cierto que existen algunas diferencias entre la organización y el ejercicio de la función jurisdiccional en el ordenamiento de la Iglesia y en el estatal, no lo es menos que las mismas han sido atenuadas por los Decretos y Constituciones del Concilio Vaticano II, y además, no debe olvidarse que las mismas responden a las finalidades espirituales que persigue el ordenamiento eclesiástico.

2.º Que el derecho a la protección jurisdiccional se califica de

Principio Supremo del Ordenamiento, pero en su contenido estricto y esencial, no extendiéndose tal conceptualización a las instituciones a través de las cuales se hace efectivo; y por eso, aunque algunas de éstas estén recogidas en la Ley Fundamental, no cabe hacer una comparación entre las mismas y sus correlativas del proceso matrimonial canónico.

3.º Que como ya señalara este mismo Tribunal en anterior ocasión, esta reserva jurisdiccional no atenta contra el Principio de Soberanía del Estado, toda vez que la misma, aunque implica la sustitución de la jurisdicción civil por la eclesiástica, obedece a un fin político y racionalmente justificado, como es el reconocimiento de efectos civiles al matrimonio contraído según las normas de la Iglesia católica.

4.º Se recuerda asimismo la sentencia número 30 de 1971, en la que se declaró que tal reserva no implica quiebra del Principio de Unidad de Jurisdicción del Estado, pues la relación entre órganos de la jurisdicción ordinaria y órganos de la jurisdicción especial, debe buscarse en el cuadro del ordenamiento jurídico interno al que los Tribunales eclesiásticos son completamente extraños.

5.º Se señala, por último, que no existe violación del principio de Juez natural recogido en el artículo 25 de la Constitución (4), pues debiéndose considerar como tal al preconstituido por la Ley, dicha determinación viene hecha por las normas canónicas.

A) Resuelta, por tanto, la cuestión en favor de la legitimidad constitucional de esta reserva jurisdiccional, toca al Tribunal decidir sobre el alcance del artículo 17 de la Ley 847 de 29 de mayo de 1929 en cuanto señala: «la sentencia del Tribunal eclesiástico, que pronuncia la nulidad del matrimonio (...), será presentada en forma auténtica al Tribunal de Apelación (...). El Tribunal de Apelación, con ordenanza pronunciada in camera di consiglio, rende ejecutiva la sentenza...

¿Cuál será la extensión de la cognición del Juez estatal antes de hacer ejecutiva la sentencia en el Ordenamiento Jurídico Interno? Sobre este punto la doctrina italiana está dividida:

Mientras una opinión sostenida durante decenios entiende que el Juez estatal está limitado a una mera comprobación de la regularidad formal de la documentación aportada, una segunda interpretación sostiene que de igual manera que en los juicios ordinarios sobre convalidación de sentencias extranjeras, el Juez civil ha de comprobar el cumplimiento de las cuatro primeras condiciones del artículo 797 C. p. C. (5) y la no violación del orden público italiano.

(4) Artículo 25 de la Constitución: «Nadie puede ser privado del Juez natural preconstituido por la Ley...».

(5) Artículo 797 C.P.C.

El Tribunal de apelación decidirá a través de sentencia la eficacia en el Reino de la sentencia extranjera cuando compruebe:

1.º) Que el Juez del Estado en el cual la sentencia ha sido pronunciada puede conocer de la causa, según los principios sobre competencia jurisdiccional, vigentes en el Ordenamiento italiano.

El Tribunal entiende que hay dos exigencias fundamentales que el Juez italiano está obligado a cumplir en el juicio ordinario de convalidación antes de dar acceso al Ordenamiento Estatal a sentencias emanadas de órganos jurisdiccionales a él extraños:

— El control de que en el procedimiento del que emana la sentencia han sido respetados los derechos de actuación y oposición en defensa de las respectivas pretensiones.

— El control sobre el respeto al Orden Público Estatal a fin de impedir la actuación en el Ordenamiento Interno a disposiciones contenidas en la sentencia contrarias a él.

Ambas exigencias se unen y derivan de los Principios Supremos del derecho a la protección jurisdiccional y de la Soberanía Estatal, a los cuales no puede ofrecer resistencia la norma denunciada (artículo 17 Ley 847/1929), a pesar de contar con la cobertura constitucional del artículo 7.

Se declara, por tanto, la ilegitimidad constitucional de dicha norma (artículo 17 Ley 847/29), en cuanto se interprete según el criterio de automatismo, esto es, en cuanto excluya el Juez estatal la comprobación de que en el procedimiento seguido ante los tribunales eclesiásticos ha sido garantizado a las partes el derecho de actuación y defensa, así como la verificación de una eventual contradicción con el Orden Público Italiano, imponiéndole el convertir en ejecutivas sentencias canónicas fundadas en causa de nulidad no prevista por la Ley del Estado, lo que significaría introducir en el Ordenamiento de la República un tipo de matrimonio contrario al previsto por la Constitución.

B) El otro tema que se somete a la decisión del Tribunal Constitucional, en la sentencia número 18, es la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la reserva a las autoridades eclesiásticas de la dispensa del matrimonio canónico rato y no consumado (artículo 17 Ley 847/1929), en cuanto que la misma constituye el ejercicio de un poder de gracia superior que se explica a través de una medida de naturaleza administrativa, discrecional y definitiva, adoptada como respuesta a un procedimiento instructorio de tipo inquisitorio, en el que las autoridades competentes ejercitan amplios poderes, en tanto que las partes están privadas de los derechos, en sentido estricto, de acción y defensa, dado que la concesión o denegación de la licencia están sujetas a meras esperanzas, y en el correspondiente procedimiento, carecen las partes de la posibilidad de proposición de pruebas,

2.º) Que la citación ha sido verificada de conformidad con la Ley del lugar donde se ha seguido el juicio y que ha sido fijado un término prudencial para comparecer.

3.º) Que las partes hayan iniciado el procedimiento con arreglo a la Ley del lugar o que la controversia se haya desarrollado o resuelto válidamente conforme a la misma Ley.

4.º) Que la sentencia se haya llevado a efecto según la Ley del lugar conforme al cual se haya dictado.

de la impugnación y de la publicidad de los autos, y está asimismo prohibida la asistencia de abogado y procurador.

El Tribunal va a declarar la inconstitucionalidad de dicha reserva en base a la siguiente argumentación:

«Que la dispensa incide no sobre el acto del matrimonio, sino sobre la relación conyugal, en cuanto disuelve con carácter «ex nunc» una relación matrimonial que tiene su apoyo en un matrimonio válidamente contraído, y como ya declarara en otra ocasión esta misma Magistratura (Sentencia de 1971, núm. 169), al Estado corresponde la regulación del vínculo conyugal, ya derive de un matrimonio civil, ya de un matrimonio canónico inscrito a efectos civiles. Por esta razón la Ley de 1 de diciembre de 1970, núm. 898, confiere a los Tribunales estatales, con carácter general, el conocimiento, tanto de las causas de disolución de matrimonios contraídos con arreglo al Código civil, como de las causas de cesación de los efectos civiles de matrimonios celebrados con rito religioso y regularmente inscritos.

La reserva a la autoridad eclesiástica de la dispensa *super rato* supone, por tanto, una alternativa a la jurisdicción de los tribunales del estado que, aunque dispuesta como Norma Concordataria con la cobertura constitucional del artículo 7, no puede menos de sustraerse a la petición de verificar si en su ámbito está igualmente asegurado el derecho a la protección jurisdiccional. Y en este punto la respuesta no puede ser otra que la negativa, pues aquel derecho no puede realizarse en un procedimiento cuyo desarrollo y cuya conclusión encuentran manifiestamente un lugar dentro del ámbito de la discrecionalidad administrativa, y en el que por tanto no viene garantizado a las partes, un juez y un juicio, en sentido estricto.

Efectivamente, en la normativa reguladora de este procedimiento de dispensa se establecen las siguientes reglas:

— La petición se hará directamente al Sumo Pontífice.

— La competencia corresponde a la Congregación de los Sacramentos.

— La instrucción es solicitada a los Diocesanos, quienes dan intervención al Defensor del Vínculo y permiten a las partes el asesoramiento por concultores. Terminada la instrucción, el Diocesano emite su informe a la Congregación.

— La decisión final es adoptada por rescripto pontificio.

De esta regulación se desprende, pues, el carácter administrativo y no jurisdiccional del procedimiento y de la disposición que lo concluye, carácter éste que incluso viene afirmado en la normativa estudiada.

A diferencia de cuanto se señalara en relación a la reserva en favor de la Jurisdicción Eclesiástica, de las causas de nulidad de matrimonios canónicos inscritos, es patente en tema de dispensa *super rato*, la violación del Principio Supremo del derecho a la protección jurisdiccional y, por tanto, se declara la ilegitimidad constitucional de las normas denunciadas, en cuanto prevén que la dispensa del matri-

monio rato y no consumado obtenida en el correspondiente procedimiento administrativo-canónico, pueda producir efectos en el Ordenamiento Estatal.

Dado este fallo, no procede entrar en el estudio de la última cuestión que se plantea a esta Magistratura, sobre el alcance de las facultades de conocimiento del Juez estatal que ha de dar ejecutividad civil a aquella dispensa.

La celebración del matrimonio en Inglaterra: Nota crítica

CARLOS VATTIER FUENZALIDA

Profesor Adjunto de Derecho civil

SUMARIO: 1. Actualidad del tema.—2. Evolución histórica y régimen actual.—3. El matrimonio contraído ante la Iglesia anglicana. Modalidades preparatorias y solemnidades de la celebración.—4. El matrimonio celebrado con arreglo a formalidades diversas. La fase preliminar y la forma de celebración.—5. La nulidad del matrimonio por defecto de forma. La buena o mala fe de los contrayentes y los matrimonios anulables.—6 Política legislativa. Consideración final.

1. Es bien sabido que, tras la reforma del Título IV, Libro I, del Código civil, se ha suprimido la determinación legal del sistema matrimonial que establecía el discutido artículo 42, y que buena parte de la doctrina piensa que el sistema en vigor es un sistema electivo de tipo anglosajón o, por lo menos, que se aproxima o hace tránsito hacia el mismo; «lo que sí parece claro —se ha escrito con razón ante el texto del Proyecto— es que hemos salido del sistema *facultativo* de tipo latino», si bien no falta quien estima, a base de los nuevos artículos 59, 60 y 80, principalmente, que este último sistema rige todavía respecto a los matrimonios contraídos con arreglo al Derecho canónico (1). Lo cierto es que con esta distinción dentro del

(1) Para la opinión común en la doctrina civilista, *vid.* J. B. JORDANO BAREA, *El nuevo sistema matrimonial español*, en «ADC», 1981, pp. 903 y ss. y F. A. SANCHEO REBULLIDA, en J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, IV-1, Barcelona, 1982, pp. 130 y ss., y en colaboración con E. RUBIO, en los comentarios coordinados por el último, *Matrimonio y divorcio*, Madrid, 1982, pp. 271 y ss. y 336 y ss. Una postura intermedia es la que mantiene A. LUNA SERRANO, en la *op. últ. cit.*, pp. 18 y ss. La frase transcrita pertenece a J. L. DE LOS MOZOS, *La reforma del Derecho de familia, en España, hoy*, I, Valladolid, 1981, p. 45, nota 49. Defiende la última postura G. GARCÍA CANTERO, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, II, Madrid, 1982, pp. 16-18, 137 y ss. y 146 y ss.; también M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil*, IV, Barcelona, 1982, pp. 32-36 y 44 y ss. A favor del matrimonio civil obligatorio se han manifestado, entre otros, M. ALONSO PÉREZ, *Acerca del matrimonio civil*, en

sistema facultativo, introducida entre nosotros en el último decenio, y, concretamente, con el subtipo anglosajón, se quiere aludir a un sistema simple de matrimonio civil que admite una dualidad de formas de celebración, de modo que el consentimiento matrimonial se puede manifestar tanto de conformidad con las solemnidades de una ceremonia civil como de acuerdo con las ritualidades establecidas por una comunidad religiosa autorizada oficialmente, a voluntad de los contrayentes y con total independencia de las creencias de los mismos (2). Sin embargo, tal simplicidad es en el Derecho inglés sólo aparente y choca con la regulación vigente en materia de formalidades del matrimonio que, a juicio de un conocido autor irlandés, no sólo es compleja y oscura sino que está contenida en un verdadero laberinto de normas legales (3). De aquí, pues, que una exposición sintética del sistema matrimonial inglés parece útil hoy para la debida comprensión del nuestro; singular relieve ofrece, en este sentido, la evolución legislativa que ha desembocado en las llamadas *Mariages Acts* 1949-1970, hoy en vigor, así como las dificultades e imperfecciones que la propia doctrina británica aprecia en el mismo y algunas reformas propuestas para subsanarlas.

2. En el Derecho antiguo rigió en Inglaterra, como entre nosotros, un sistema informal de matrimonio consensual, si bien parece haber sido decisivo el acto concluyente de la consumación, al menos en lo que se refiere a la época oscura de la Iglesia primitiva. Hacia el siglo XII, sin embargo, el consentimiento debía manifestarse mediante una de estas dos fórmulas preestablecidas, a saber: *per verba de praesenti* y *per verba de futuro*, de las que dependía el comienzo de la relación jurídica matrimonial; con todo, la eficacia era inmediata en el último caso cuando sobrevenía la consumación una vez hecha la promesa formal de matrimonio. De este modo, se ha hecho notar que la Iglesia concilió dos perspectivas diversas, la de la Iglesia primitiva basada en la consumación y la derivada del Derecho romano,

«RDP», 1978, pp. 12 y ss., y E. VALLADARES RASCÓN, *El principio de igualdad ante la ley y el sistema matrimonial*, en «Ibídem», 1981, pp. 307 y ss., desde perspectivas muy diversas. De interés son, en fin, D. ESPÍN CÁNOVAS, *Incidencia de la Constitución en el Derecho de familia*, en *El hecho religioso en la nueva Constitución española*, Salamanca, 1979, pp. 273 y ss., y L. Díez PICAZO, *El sistema matrimonial y los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español*, en *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, IV, Salamanca, 1980, pp. 9 y ss.

(2) Vid. A. FUENMAYOR CHAMPÍN, *Matrimonio*, VIII, *Derecho civil*, en *Gran Enciclopedia Rialp*, XV, Madrid, 1973, *El matrimonio como contrato civil*, en «RGLJ», 1976, pp. 103 y ss., y *El marco del nuevo sistema matrimonial español*, en «Ibídem», 1979, pp. 261 y ss.; L. ARRECHEDERRA, *Forma y clases de matrimonio en el Derecho español*, en «ADC», 1972, pp. 1240 y ss., y E. RUBIO, *El matrimonio en forma religiosa no católica*, en «Ius canonicum», 1974, pp. 135 y ss.

(3) Así, A. J. SHATTER, *Family Law in the Republic of Ireland*, 2.ª ed., Dublín, 1981, p. 41.

según la cual *consensus non concubitus facit matrimonium* (4). Y es que a partir del Concilio de Trento la materia pasó a ser competencia exclusiva de la Iglesia católica, la que fue absorbida luego por la Iglesia anglicana. Desde 1563, pues, desapareció el matrimonio consensual, igual que nuestro viejo matrimonio *a juras*, aunque no totalmente, como veremos dentro de poco. Desde entonces el consentimiento matrimonial debió manifestarse *in facie ecclesiae*, luego de la publicación de proclamas y de la autorización paterna al contrayente menor de veintiún años; debía tener lugar en la puerta de la iglesia con intervención de un sacerdote y en presencia de testigos, por medio de la fórmula *per verba de praesenti* únicamente, con lo que concluía, como se ha dicho, «el aspecto civil del matrimonio», pues, la misa o el servicio posterior «era de carácter puramente religioso» (5). En fin, hay que tener en cuenta que la publicidad del matrimonio fue favorecida y potenciada por los tribunales de *common law* al objeto de evitar las consecuencias de la clandestinidad en materia de bienes y de sucesiones; de aquí la curiosa regla que recoge Bracton según la cual sólo se podía constituir dote a favor de la mujer casada en la puerta de una iglesia (6). Tal fue el énfasis del Derecho civil sobre este último requisito que las otras formalidades, como la publicación de proclamas y la presencia de testigos, fueron desapareciendo con el tiempo, estimándose que el único requisito necesario para contraer un matrimonio válido era el intercambio de consentimientos *in facie ecclesiae*, es decir, con la intervención del sacerdote o, luego, de un clérigo anglicano, según se resolvió en el importante caso *R. v. Millis* de 1844 (7).

Con todo, este matrimonio solemne no desplazó totalmente al matrimonio consensual tradicional, con el que coexistió en Inglaterra, al menos, hasta el siglo XVIII, y en Escocia hasta 1940; incluso hoy es allí todavía posible establecer retroactivamente la existencia de un matrimonio por «cohabitación con hábito y reputación», posesión de estado cuya conservación ha recomendado el Informe Kilbrandon de 1969 (8). Así, pues, el matrimonio es solemne de un modo exclusivo hoy en día sólo en Inglaterra, después de dos siglos de reformas legislativas iniciadas por la conocida *Lord Hardwicke's Act* de 1753.

(4) En tal sentido, S. M. CRETNEY, *Principles of Family Law*, Londres, 1974, p. 32. Para nuestro Derecho antiguo, A. IGLESIAS FERREIRÓS, *Uniones matrimoniales y afines en el Derecho histórico español*, en «RDN», 85-86 (1974), pp. 71 y ss.

(5) *Vid.* P. M. BROMLEY, *Family Law*, 6.ª ed., Londres, 1981, p. 35, nota 2.

(6) Según recuerda el propio P. M. BROMLEY, *loc. cit.*, nota 4. Cfr. H. BRAC-
TON, *De Legibus et Consuetudinibus Anglae*, ed. bilingüe por S. E. THOME,
Cambridge (Mass), 1968, f. 303, b.

(7) Cfr. 10 Cl. y F. 534. Para los repertorios de jurisprudencia ingleses y la forma de citarlos, nos remitimos a nuestra nota *Las fuentes del Derecho inglés (A propósito de un libro del profesor Criscuoli)*, en «ADC», 1982, pp. 784 y ss.

(8) Se trata del trabajo preparatorio elaborado por una Comisión oficial de cara a la reforma de la celebración del matrimonio en Escocia, en 1969; cfr. cap. 9, citado por S. M. CRETNEY, *op. cit.*, p. 33, nota 12.

Antes de la aprobación de este texto, en cambio, tres eran las maneras en las que se podía celebrar el matrimonio, a saber: *In facie ecclesiae*, clandestinamente y por consumación. La primera era la precedida de la publicación de proclamas y del asentimiento paterno, ante testigos y con la intervención de un representante autorizado de la Iglesia; este matrimonio era válido a todos los efectos. Clandestino era, en cambio, el matrimonio celebrado *per verba de praesenti* ante un clérigo, pero sin dar cumplimiento a las solemnidades preliminares aludidas, el cual era válido plenamente una vez que se reprodujera *in facie ecclesiae*. Por consumación era, en fin, posible contraer el matrimonio, tanto de presente como de futuro, cuando estas fórmulas no se pronunciaban en presencia de un sacerdote, matrimonio que, si bien no era válido ante los tribunales de *common law*, como sabemos, producía, al menos, estos dos importantes efectos. De una parte, era un matrimonio indisoluble, de modo que las nupcias subsiguientes de unos de los contrayentes eran anulables, y, de otra parte, los dos contrayentes podían compelerse recíprocamente ante un tribunal eclesiástico a formalizar el matrimonio *in facie ecclesiae*, según se estableció en *Bunting v. Lepingwell*, en 1585 (9).

La situación era, ciertamente, caótica, y se prestaba a abusos cometidos, sobre todo, contra menores de edad y mujeres de fortuna. Por eso, la Ley precitada, debida a la iniciativa de Lord Hardwicke y aprobada no sin resistencia, estableció en 1753 un sistema de matrimonio solemne obligatorio que debía celebrarse, únicamente, de acuerdo con los ritos de la Iglesia de Inglaterra, en la parroquia de una de las partes, ante dos testigos y con la intervención de un clérigo; preveía la publicación de proclamas, salvo dispensa, en la parroquia de los dos contrayentes durante los tres domingos anteriores a la celebración, y el asentimiento paterno que, sólo en caso de imposibilidad, podía ser sustituido por una autorización expresa del *Lord Chancellor*. La sanción por la infracción de estas formalidades era la nulidad. La Ley derogó la regla establecida en 1585, y se aplicaba a todos sin distinción, incluso a los católicos, salvo a los cuáqueros y a los judíos, cuyo *ius singulare* se conserva hasta hoy. Se trataba, pues, de asegurar la publicidad del matrimonio y de evitar la clandestinidad: mas de hecho esta disciplina podía ser eludida casándose en Escocia, mediante los matrimonios llamados *Gretna Green*, por el lugar donde se celebraban, los cuales aumentaron de forma alarmante. Además la sanción se consideró excesiva, y para atenuarla se reformó la Ley por primera vez en 1823. La *Marriage Act* de ese año estableció, en efecto, que el matrimonio sólo podía ser anulado por defecto de forma si ambas partes sabían y querían contraerlo con el vicio, y sólo en el caso de defectos importantes o esenciales. Tales defectos los enunciaba la Ley con arreglo al casuismo que es habitual en la legislación inglesa, los que eran los siguientes: casarse en una iglesia distinta de aquella donde se han publicado las proclamas; celebrarlo sin la debida pu-

(9) Cfr. 4 Co. Rep. 29a; esta regla fue confirmada por el caso *Baxtar v. Buckley* en 1752, 1 Lee 42.

blicación de las mismas, o su dispensa; consentir que lo autorice una persona que no ha recibido órdenes sagradas. La importancia de esta enumeración es que excluía otros defectos de forma cuya existencia no provocaba, por tanto, la nulidad del matrimonio, lo mismo que los defectos no conocidos ni queridos por ambas partes.

No menos significativas son otras dos reformas, las de 1836 y 1898, por cuanto la primera instaura una ceremonia civil mientras que la segunda permite celebrar matrimonios válidos a comunidades religiosas distintas que la anglicana. Tenemos así perfilados tempranamente los rasgos esenciales del sistema matrimonial hoy en vigor. En efecto, la *Marriage Act* de 1836, contemporánea de la Ley que crea el Registro de Nacimientos y Muertes, autorizó al Superintendente del Registro la posibilidad de otorgar certificados para casarse, los que sustitúan la publicación de las proclamas o su dispensa, y le permitió celebrar matrimonios con base en dicha certificación *per verba de praesenti*, ante un Registrador de matrimonios y dos testigos, matrimonio en forma civil que podía celebrarse, además, de acuerdo con los ritos de comunidades religiosas que no fueran la Iglesia de Inglaterra, en lugares o edificios registrados previamente, con las mismas formalidades que ante el Superintendente. Por primera vez se establecía, por consiguiente, un matrimonio exclusivamente civil en cuanto a la forma de celebración, y se equiparaban a la Iglesia oficial las demás confesiones religiosas, con la única limitación de exigir la asistencia del Registrador de matrimonios a la ceremonia en que tenía lugar el consentimiento matrimonial. Esta limitación es la que suprimió, en fin, la *Marriage Act* de 1898, la que permitió a los encargados de los edificios registrados designar una persona autorizada que debía intervenir, en lugar del Registrador, en la celebración del matrimonio. No está demás señalar que estas reformas favorecían por igual a la Iglesia católica y a las demás confesiones protestantes que disientían de la anglicana (10).

Con todo, no fueron éstas las únicas reformas introducidas en el tema por las normas legales, a las que hay que unir las fijadas por el *case law* en su labor de interpretación y aplicación; cerca de cuarenta textos legales se acumularon con el tiempo, de los que una mitad, aproximadamente, fue suprimida y la otra incorporada a la vigente *Marriage Act* de 1949. Modificada esta última por una serie de leyes que se extiende hasta 1970, se suele denominar al conjunto *Marriages Acts* 1949-1970. Recordemos que la de 1970 eliminó el último privilegio que conservaba la Iglesia de Inglaterra, consistente en poder celebrar matrimonios en lugares privados, previa la concesión de una licencia especial, facultad que la Ley reconoció al Registrador general para los matrimonios en peligro de muerte, en los términos que luego veremos. Sin embargo, es de notar que el Derecho vigente, que ha sido revisado

(10) Bien lo advierten así S. M. CRETNEY, *op. cit.*, p. 34, y P. M. BROMLEY, *op. cit.*, p. 38.

por la *Law Commission* recientemente (11), no admite una pluralidad de formas de celebración del matrimonio sino que se contrae a dos regímenes jurídicos diversos; como se ha observado con razón, existen dos sistemas paralelos, el del matrimonio celebrado por la Iglesia de Inglaterra, que se basa en el modelo establecido por la Ley de 1753, y el del matrimonio celebrado con arreglo a otras formalidades, que descansa, en lo fundamental, en el régimen previsto por la Ley de 1836 (12), y abarca, como sabemos, el matrimonio contraído ante el Registro y el celebrado en forma religiosa distinta de la anglicana. En los dos regímenes vigentes la perfección del matrimonio sigue el mismo *iter*, que se divide en tres fases, a saber: una fase preliminar de formalidades previas; la celebración propiamente tal, y, por último, la inscripción en el Registro. Esta última es sumamente compleja e imperfecta y, aunque se la considera de una importancia extrema tanto entre las partes como de cara a los terceros, la doctrina civilista no suele ocuparse de ella, salvo para apuntar la necesidad de reformarla (13).

3. En cuanto al matrimonio celebrado de acuerdo con los ritos de la Iglesia de Inglaterra, es tradicional la afirmación según la cual hay cuatro maneras de llevarlo a cabo, la que es acertada pero inexacta, pues la fase de celebración es siempre la misma y la que varía es la preliminar, que puede adoptar una de estas modalidades: publicación de proclamas, licencia ordinaria, licencia especial y certificado del Superintendente del Registro (14). La publicación de proclamas tiene por objeto dar publicidad al matrimonio que se intenta contraer y tiene lugar por ello, normalmente, en la parroquia donde residen los contrayentes, o, si son distintas, en ambas; al lado de esta hipótesis normal, hay otras especiales, tales como la existencia de otros locales autorizados por el Obispo para la celebración de matrimonios o que uno de los contrayentes sea un miembro de la Armada *at sea*, casos en los que las proclamas han de publicarse, respectivamente, en el local donde se va a celebrar la boda o en la nave. Se trata de los bandos se publiquen en el lugar donde se va a celebrar el matrimonio; así, si los contrayentes quieren casarse en una parroquia distinta de aquélla en que figuran en el Registro parroquial (*Church Electoral Roll*), en la que asisten habitualmente a los servicios religiosos, las proclamas deben publicarse necesariamente en las dos parroquias, conforme al artículo 6.4, *Act* 1949. No se establece un tiempo mínimo de residencia, lo que permite que baste «la reserva de una habitación de hotel

(11) *Vid.* el documento núm. 53 de la *Law Commission*, que equivale a nuestra Comisión General de Codificación, titulado *Solemnisation of marriage*, 1973; más adelante aludimos a algunas de las propuestas de reforma que dicho texto sugiere.

(12) En tal sentido, S. M. CRETNEY, *op. cit.*, p. 34, quien advierte, sin embargo, que el matrimonio anglicano es mayoritario, alcanzando en 1971 el 94 por 100 de las bodas celebradas (cfr. p. 37).

(13) Así, S. M. CRETNEY, *op. cit.*, p. 45, y P. M. BROMLEY, *op. cit.*, p. 39; se trata de una materia regulada de forma muy deficiente en el *Act* 1949, part. IV, y en el art. 15, *Marriage (Registrar General's Licence) Act* 1970. Para una crítica, *vid.* *Law Commission*, núm. 53, cit., Anexo, pars. 105-118.

(14) La recuerda y crítica E. L. JOHNSON, *Family Law*, Londres, 1958, p. 43.

o el depósito de una maleta en ella» (15); en la práctica tal plazo mínimo es de una semana ya que el párroco no está obligado a publicar los bandos sino después de dicho término, contado desde que recibe la solicitud, la que no exige, por otra parte, declaración alguna sobre la capacidad de los contrayentes ni sobre la autorización paterna. En cambio, las proclamas deben publicarse durante los tres domingos anteriores a la celebración, la que puede tener lugar, teóricamente, el lunes siguiente, aunque este plazo mínimo de veintiún días de espera suele a menudo excederse; la publicación es tanto oral como escrita. Aunque esta publicidad se ha entendido que está encaminada a impedir el matrimonio de menores sin la autorización paterna, y cualquier persona, en especial los padres y tutores, puede prohibirlo declarándolo así públicamente en la iglesia, la prohibición no vincula al párroco, quien puede autorizar el matrimonio en teoría a pesar de la misma; hipótesis que en la práctica, por supuesto, no se presenta (16). Mayores problemas ha suscitado, en cambio, la identidad de los contrayentes; así, en *Dancer v. Dancer*, en 1949, se decidió que las proclamas debían hacerse con el nombre usual y con el apellido por él los que se conociera a las partes, aunque éstos no fueran los que les correspondía por ley. En otros casos se ha entendido que la publicación de un nombre falso no invalida las proclamas cuando ello obedece al propósito de ocultar el matrimonio por una razón inmaterial, tales como evitar que los amigos del marido conocieran la celebración o eludir una orden de arresto por deserción. Especialmente difícil fue el caso *Chipchase v. Chipchase* de 1939, en el que la mujer, al celebrar segundas nupcias, publicó su apellido de soltera, y no el del primer marido que por ley le correspondía, apellido aquél por el que se la conocía desde hacía dos años antes del segundo matrimonio; declaró «ella que hizo esto, no para ocultar la última boda, sino para no subrayar que era casada. El juez Henn Collins declaró que, a su juicio, «uno de los propósitos de la Ley de matrimonio se frustraría si se permitiera a una persona publicar bandos con el nombre por el que se la conocía en la parroquia si, por el contrario, el uso de su nombre legal debiera incitar a la gente a hacer preguntas incómodas. Desde mi punto de vista —añadió— ésta es una de las cosas contra las que la Ley se dirige», y decidió que la publicación era indebida. Pero el problema es delicado, se ha advertido acertadamente, por cuanto, dado que ella era conocida realmente por su nombre de soltera, cualquier otro nombre utilizado en las proclamas haría incierta la identidad de la contrayente y vulneraría igual la finalidad de la Ley (17).

(15) Lo que ha denunciado la propia *Law Commission* en la publicación preliminar núm. 35, p. 11, nota 52, según refiere S. M. CRETNEY, *op. cit.*, p. 38, nota 55.

(16) En tal sentido, el mismo S. M. CRETNEY, *op. cit.*, pp. 38-39.

(17) Cfr. P. 147 y (1948) 2 All E.R. 731, y P. 391 y (1938) 3 All E.R. 895. La observación señalada en el texto se debe a P. M. BROMLEY, *op. cit.*, p. 43, y la comparte, entre otros, J. C. HALL, *Sources of Family Law*, Cambridge, 1966, p. 26, nota 1; resume estos casos con mayor amplitud M. D. A. FREEMAN, *Family Law*, 2.ª ed., Londres, 1976, pp. 33 y 25, respectivamente.

Mucho más simples son las otras modalidades de la fase preparatoria del matrimonio religioso. En efecto, por lo que se refiere a la llamada licencia común u ordinaria, hay que recordar que desde el siglo xiv están autorizados los Obispos para dispensar a los contrayentes de la necesidad de publicar las proclamas, figura que, dada la falta de publicidad, recuerda el matrimonio de conciencia regulado por los cán. 1.104 y siguientes del *Codex* y nuestro matrimonio secreto previsto por el artículo 54 del Código civil. Hoy en día, esta dispensa permite una de estas dos cosas: contraer matrimonio en una parroquia en la que una de las partes ha residido los últimos quince días antes de la celebración, o bien contraerlo en la que es el lugar habitual de culto de una de ellas, de acuerdo con lo que dispone el artículo 15, *Act* 1949. En este caso, y a diferencia de la hipótesis anterior, uno de los contrayentes, por lo menos, ha de declarar bajo juramento que no existen impedimentos, que la parroquia donde se quiere celebrar el matrimonio es la de su residencia actual o la de su devoción habitual y, en fin, que no se requiere autorización paterna o que se ha obtenido o dispensado. Se ha señalado que la autoridad eclesiástica, a diferencia de la civil, no puede exigir prueba documental sobre esto último, puesto que no es de aplicación en este caso lo que previene el artículo 2.3, *The Family Law Reform Act* 1969, lo que carece, sin embargo, de trascendencia práctica por cuanto la concesión de esta licencia se ha considerado que es puramente discrecional desde el caso *Middleton v. Croft* de 1736 (18). Con todo, cabe la posibilidad de oponerse antes de que la licencia se conceda a cualquier persona, caso en el que se debe esperar la resolución del tribunal eclesiástico: a falta de oposición, el matrimonio se puede celebrar inmediatamente después de concedida la autorización, que es lo normal, pues la oposición a la misma es rara. Cabe advertir las similitudes que presenta este supuesto con el matrimonio celebrado previa la publicación de proclamas. Así, la iglesia en que puede tener lugar es la misma, el plazo de quince días coincide también si la primera proclama se pide y publica en día domingo y el requisito de residencia es sustancialmente igual (19). Diverso es, en cambio, el matrimonio celebrado previa licencia especial, cuyo origen se remonta a una Ley de 1533, la que permitió al Arzobispo de Canterbury otorgar esta autorización, generalmente a favor de personas nobles, y por virtud de la cual se puede celebrar el matrimonio en cualquier tiempo y lugar; el privilegio consiste, pues, en contraer matrimonio religioso en locales distintos de los anteriores o de índole privada, tales como capillas universitarias, hoteles u hospitales, y se concede hoy en día previo pago de unos derechos cinco veces superior y a los exigidos para la obtención de la licencia ordinaria, los que se pueden evitar, por otra parte, llevando a cabo este trámite preliminar ante el Registro civil. En la práctica son escasas estas licencias especiales, y hasta la *Mariage (Registrar General's Licence) Act* 1970 era

(18) Cfr. 2 *Stra.* 1056; se ha reiterado este criterio en *Ex p. Brinckmann* (1895) 11 T. L. R. 387, según refiere S. M. CRETNEY, *op. cit.*, p. 40, nota 71.

(19) Así, P. M. BROMLEY, *op. cit.*, p. 44.

la única manera de celebrar el matrimonio en la Iglesia anglicana en peligro de muerte, circunstancias excepcionales u otros hechos que impidan a las partes desplazarse; después de esta reforma tal matrimonio se puede celebrar previa obtención de una licencia o autorización administrativa que otorga el Registrador general en los términos que luego veremos.

La celebración propiamente del matrimonio de acuerdo con los ritos de la Iglesia de Inglaterra debe tener lugar después de la fase preliminar en cualquiera de sus modalidades; el intercambio de consentimientos debe producirse con la intervención de un ministro anglicano que ha recibido órdenes sagradas y ante la presencia de, al menos, dos testigos. El clérigo puede negarse a celebrar la boda sólo por la preexistencia de matrimonio de uno de los contrayentes, que no se haya disuelto por la muerte de su cónyuge anterior; fuera de este supuesto, el ministro está obligado a celebrar el matrimonio si se han publicado los bandos o concedido las licencias válidamente. Y ello con independencia de la profesión de fe de los contrayentes, según se declaró en *Argar v. Holdsworth* en 1758, de modo que esta forma de celebración del matrimonio no es exclusiva para los que profesen la religión anglicana, sino que está abierta a contrayentes pertenecientes a otra religión o a ninguna (20). En el fondo, esto quiere decir que se trata de un matrimonio civil celebrado en forma religiosa, por cuanto no exige profesión de fe alguna; es indiferente que, después de celebrado el matrimonio en la iglesia siga una ceremonia religiosa, la que está, además, regulada por la *Prayer Book (Alternative and Other Services) Measure 1965*. En fin, la ceremonia ha de llevarse a cabo en la iglesia donde se han publicado las proclamas o la autorizada por la licencia ordinaria o en el local designado por la licencia especial o por el certificado del Superintendente del Registro, y en tiempo hábil, entre las ocho de la mañana y las seis de la tarde, y antes de tres meses desde la publicación de la primera proclama o la solicitud de las licencias o del certificado.

4. En lo que concierne al matrimonio celebrado con arreglo a formalidades distintas de la Iglesia anglicana, esto es, el matrimonio contraído en forma civil propiamente, debe ser precedido, asimismo, por una fase preparatoria o preliminar cuya finalidad es la de anunciar el matrimonio proyectado, invitar a los terceros que se opongan al mismo y conducir a una autorización administrativa que permite a los contrayentes celebrarlo; como en el matrimonio anglicano, hay aquí también modalidades diversas, a saber: certificado otorgado por el Superintendente del Registro de Nacimientos, Muertes y Matrimonio, que se corresponde con nuestro Encargado del Registro Civil, normalmente un Juez de Distrito; certificación y licencia concedidas por el mismo, y licencia otorgada por el Registrador general, que equivale entre nosotros al Director General de los Registros y del Notariado. Se habla usualmente en el primer caso del certificado del registrador, mientras

(20) Cfr. 2 Lee 515. En el sentidoq indicado, S. M. CRETNEY, *op. cit.*, p. 44.

que en el segundo, de la licencia del registrador (21); en términos generales, es de notar que estas modalidades son paralelas a las del matrimonio religioso. Así, el certificado del registrador equivale a la publicación de los bandos o proclamas; la licencia del registrador, a la llamada licencia común u ordinaria y, en fin, la licencia del registrador general, a la licencia especial. De este modo, la diferencia entre el certificado y la licencia del registrador atiende al requisito de residencia de una de las partes, y se encamina a facilitar mediante la licencia un matrimonio más rápido aunque más caro; mientras que la autorización del registrador general mira hacia la posibilidad de celebrarlo en cualquier momento y lugar, especialmente, en caso de peligro de muerte u otra circunstancia similar.

El supuesto normal es el de la obtención previa del certificado prematrimonial del Superintendente del Registro correspondiente al distrito donde residen las partes; debe solicitarse en el distrito de residencia de los últimos siete días anteriores a la solicitud y, si es diverso, en el que haya residido la última semana cada contravente. Junto a la solicitud ha de hacerse una declaración acerca de que no existen impedimentos, se cumple el presupuesto de residencia y se ha obtenido o dispensado la autorización paterna, declaración que debe manifestar cada contravente bajo sanción penal de perjurio. Digna de mención es la definición de matrimonio que contiene el formulario impreso en que consta la solicitud y la declaración, a cuyo tenor: «El matrimonio de acuerdo con las leyes de este país es la unión de un hombre y una mujer para toda la vida, con exclusión de toda otra persona». La solicitud se anota en un libro que lleva el Superintendente, el que está a disposición del público; copia de la misma se exhibe en un sitio destacado en la oficina del Registro durante veintidós días. Tal publicidad tiene por objeto constatar la existencia de impedimentos; si son aparentes, el propio Superintendente debe investigarlos, mas cualquier persona está legitimada para denunciarlos y, en especial, los que deben autorizar el matrimonio de los menores de dieciocho años. A éstos les basta con escribir en el Libro del Registro la palabra «prohibido» y expresar la causa de tal prohibición. Formulada oposición, el certificado sólo se puede otorgar si se la rechaza o se considera inválida por el Superintendente, o, en su caso, el Registrador general. A falta de oposición, el Superintendente está obligado a emitir la certificación al cabo de las tres semanas a partir de la solicitud; y el certificado habilita a los contrayentes la celebración del matrimonio en el término de tres meses contado desde la anotación de la solicitud en el Libro del Registro. Tal es, pues, el procedimiento del certificado emitido por el Superintendente sin licencia; a su lado, existe el que conduce al certificado acompañado de licencia, conocido vulgarmente como licencia especial, certificado con licencia o licencia del registrador. El procedimiento es, en este caso, igual que el anterior con estas dos diferencias importantes. De una parte, basta que la so-

(21) Así, E. L. JOHNSON, *op. cit.*, p. 49, nota 63.

licitud se formule en el distrito donde reside uno de los contrayentes, no ambos, en los quince días anteriores a la misma; de otra parte, la anotación en el libro del Registro no se exhibe en lugar alguno. A falta de impedimentos, oposición o prohibición, debe el Superintendente otorgar el certificado, y el matrimonio se puede celebrar después de un día completo desde que se ha formulado la solicitud; así, hecha un lunes, la ceremonia puede tener lugar a partir del miércoles siguiente. Hay aquí un matrimonio casi sin publicidad, que se puede contraer un tanto precipitadamente; pensado como excepcional, lo cierto es que la mayoría de los matrimonios civiles adoptan esta modalidad preliminar, cuyos derechos están gravados con una tasa fija de 5 libras, además de los que corresponden al certificado normal. En fin, desde la Ley de 1970 que hemos mencionado antes, el registrador general puede autorizar el matrimonio en casos excepcionales para lo que otorga una licencia o permiso *ad hoc*. Inspirada esta modalidad en el antiguo privilegio del Arzobispo de Canterbury que podía autorizar, como sabemos, el matrimonio en un lugar distinto de la iglesia donde debían los contrayentes publicar las proclamas o en caso de peligro de muerte o enfermedad, la Ley citada la permite sólo en este último caso, y con una doble limitación, a saber: Prueba de que una de las partes está tan enferma que no puede asistir al lugar donde debiera celebrarse el matrimonio, y que la boda no se verifique de conformidad con las solemnidades de la Iglesia de Inglaterra. Debe acreditarse, además, que no hay impedimentos, que los consentimientos necesarios se han otorgado o dispensado, que existe causa justificada para la concesión de la licencia y que la persona afectada está en condiciones de saber y entender la naturaleza del acto que va a celebrar. La solicitud ha de presentarse por intermedio del Superintendente del Registro del distrito competente por razón del territorio, se anota en el libro y puede ser objeto de objeciones; inexistentes o desestimadas estas últimas, el registrador general otorga de forma discrecional la licencia y puede condonar la tasa de 15 libras que las grava. Concedida la licencia, el matrimonio puede celebrarse en el lugar que ella misma indique inmediatamente y no después de un mes a partir de la anotación de la solicitud en el Libro del Registro.

Cualquiera que sea la modalidad preliminar adoptada por los contrayentes, la celebración del matrimonio propiamente debe tener lugar, por regla general, en el despacho del Superintendente del Registro, o en un edificio registrado. En el primer caso, debe celebrarse en la oficina del Superintendente ante el que se ha formulado la solicitud, o uno de ellos si se ha hecho ante dos por residir los contrayentes en distritos diferentes, y en presencia del mismo funcionario y de un Registrador de matrimonios, equivalente a nuestro Secretario del Juzgado de Distrito; la ceremonia debe celebrarse con las puertas abiertas, previa declaración de los contrayentes de que no conocen impedimentos que les afecten y *per verba de praesenti*. Es preceptivo que esta ceremonia debe ser puramente civil, a la que puede seguir otra de índole religiosa en un lugar distinto; tal procedimiento suele emplearse para con-

traer matrimonio religioso de acuerdo con cualquier rito, incluso el anglicano, en capillas privadas, evitándose el pago de los derechos de la licencia especial, o en edificios no registrados. En el segundo caso, esto es, el del matrimonio celebrado en edificio registrado previamente y ante una persona autorizada, tales locales deben ser edificios separados en el sentido legal, salvo los lugares sagrados de la Iglesia católica, estar dedicados permanentemente a un culto por al menos veinte personas y estar inscritos en un Registro especial a cargo del Registrador general; se rigen por una normativa particular que ha venido a desarrollar los principios establecidos en la Ley de 1898, que conocemos (22). De acuerdo con éstos, los encargados de cada edificio registrado pueden designar una persona autorizada para celebrar matrimonios, generalmente un sacerdote del culto respectivo, cuyo nombre debe notificarse a las autoridades civiles previstas en el artículo 43, *Act* 1949. La importancia de esto último radica en que esta persona autorizada queda así habilitada para verificar el cumplimiento de las formalidades previas y coetáneas a la celebración del matrimonio, y es la encargada de inscribirlo una vez celebrado; si no se ha designado tal persona autorizada, debe asistir a la ceremonia con iguales cometidos un Registrador de matrimonios. En ambos casos, la ceremonia de celebración debe tener lugar en un edificio registrado y determinado por el Superintendente del Registro, de ordinario, dentro de su ámbito de competencia territorial, y puede llevarse a cabo con arreglo a los ritos de cualquier comunidad religiosa; en algún momento de la misma, debe producirse el intercambio de consentimientos *per verba de praesenti*, y los contrayentes deben declarar, además, que desconocen impedimentos que les afecten. Si ello ocurre ante la persona autorizada, ella misma debe asentir y puede omitirse la presencia de testigos; en cambio, si la ceremonia tiene lugar en presencia del Registrador de matrimonios, se necesitan, al menos, dos testigos. La concurrencia de este funcionario es obligada, en la hipótesis de matrimonio celebrado de forma civil previa licencia del Registrador general por enfermedad; en cambio, no se requiere en otras situaciones especiales, tales como cuando se trata del matrimonio de dos cuáqueros o de, al menos, un contrayente judío, casos en los que se celebra, por privilegio, de acuerdo con la ritualidades propias de estas comunidades religiosas y con una autonomía completa. Un privilegio similar existe a favor de las iglesias castrenses, las que están sujetas a un régimen especial en orden a la celebración en ellas de matrimonios de los miembros de las Fuerzas Armadas y de sus hijas (23). Se ha observado que hay

(22) *Vid.* la *Places of Worship Registration Act* 1855; arts. 41 y 42, *Marriage Act* 1949, modificados en 1958; también la *Sharing Church Buildings Act* 1969. Recuerda S. M. CRETNEY, *op. cit.*, p. 42, nota 92, que en *R. v. Registrar General, ex p. Segerdal* se denegó la inscripción a la Iglesia cientista en primera instancia, pero el fallo desestimatorio fue revocado en la apelación.

(23) *Vid.* para las dos religiones citadas los arts. 47 y 26.1.d, *Marriage Act* 1949; según el art. 751.a, pueden, además, celebrar matrimonios de noche, en horas inhábiles. Se refiere a las capillas militares P. M. BROMLEY, *op. cit.*, pp. 50-51.

aquí, pues, una interesante división de funciones por cuanto concierne al Estado y a la legislación civil todo lo relativo a las formalidades preliminares o preparatorias del matrimonio, así como la determinación de los lugares y las personas autorizadas para celebrarlo; mientras que, por otra parte, la forma de celebración queda entregada a la voluntad de las partes o, en rigor, a los encargados de los edificios registrados (24); es decir, a las comunidades religiosas distintas a la anglicana.

5. Relacionado estrechamente con la celebración del matrimonio está el tema de las consecuencias que se derivan de los defectos de forma. Sabemos que una de las razones que impulsó la reforma de la vieja Ley de 1753 fue la de atenuar la sanción de nulidad radical que establecía, y que la de 1823 exigió, como presupuesto de tal nulidad, que ambas partes conocieran y quisieran incumplir las formalidades legales; criterio que mantiene el Derecho en vigor. Así, pues, cabe la nulidad del matrimonio por defecto de forma sólo cuando los dos contrayentes están de mala fe y ella no es admisible, por el contrario, si uno, al menos, lo ha contraído, ignorando el defecto, de buena fe, regla que sanciona, entre nosotros, como se sabe el artículo 78 del Código civil. De aquí que sea de interés señalar dos problemas fundamentales que la regla suscita. De una parte, hay que reconocer que no es clara y distinta, como exigía Descartes, ya que admite una doble interpretación una como *quaestio facti* y otra como *quaestio iuris*. En los términos utilizados por Lord Penzance en 1872, en efecto, se trata de determinar si es bastante para declarar la nulidad del matrimonio que ambas partes sepan que han incumplido voluntariamente y de hecho algún requisito de forma, o bien que deban saber que tal incumplimiento trae como consecuencia jurídica dicha nulidad: cuestión que ha permanecido irresuelta por el *case law*, aunque la doctrina parece inclinarse a favor de la última interpretación (25). Cuestión no menos delicada es la que ha planteado recientemente la *Law Commission* en 1973, la que denuncia el defecto de subjetivismo, pues la validez del matrimonio depende, en el fondo, de la voluntad de las partes, con la grave consecuencia de que tal sistema protege al contrayente de mala fe (26). De aquí que se ha entendido que el requisito de doble mala fe tiene por objeto asegurar al cónyuge inocente al que ignora el defecto de forma cometido, que nunca verá destruido su matrimonio por un defecto de esta índole; en otras palabras —se ha escrito— es imposible en Inglaterra que una persona que ha contraído un matrimonio de buena fe padezca la nulidad del mismo por un defecto de forma (27).

Aparte de este presupuesto de carácter subjetivo, existe otro de naturaleza objetiva, que es la existencia de un texto legal expreso que imponga la nulidad. En efecto, se ha considerado que, así como es

(24) En tal sentido, S. M. CRETNEY, *op. cit.*, pp. 41-42.

(25) Así, P. M. BROMLEY, *op. cit.*, p. 79, nota 3.

(26) *Vid. Law Commission*, núm. 53, párr. 121.

(27) Se trata de la opinión de P. M. BROMLEY, *op. cit.*, p. 78.

negativo desde el punto de vista del interés público el incumplimiento de las formalidades del matrimonio, así también son igualmente perniciosas las consecuencias que se derivan de la nulidad del matrimonio, desde un punto de vista social, por un simple defecto técnico, en ocasiones, insignificante, los que suelen ser frecuentes debido a la propia complejidad de la normativa que los regula (28); de aquí que, desde una perspectiva global de los intereses en juego, sea mejor tolerar, en suma, un defecto de forma poco relevante que multiplicar las nulidades de matrimonio por esta causa, sobre todo cuando, de una parte, uno de los cónyuges lo ha celebrado de buena fe y, de otra, existe una admisión ancha del divorcio. Este criterio que combina el orden público con la seguridad jurídica es, por lo demás, el que está en la base de los artículos 53 y 73, 3.º de nuestro Código civil. Criterio similar es el que hay en el Derecho inglés, en el que se ha llegado a una fórmula de compromiso consistente, por un lado, en sancionar al contrayente infractor con una pena por delito de perjurio y, por otro lado, en clasificar las posibles infracciones a la forma en dos grupos, uno formado por los defectos que pueden arrastrar la nulidad del matrimonio y otro, por los que no traen esta sanción consigo, los que están contemplados en los artículos 48 y 49, y 24 y 25, *Act* 1949, respectivamente. Entre los que pueden conducir a la nulidad del matrimonio, la Ley enumera los siguientes: celebración en lugar distinto de aquél en que se publicaron las proclamas; publicación indebida de tales proclamas, sobre todo por falsedad del nombre de los contrayentes, o concesión irregular de los correspondientes certificado o licencia, generalmente por causas distintas que la falsa identidad de las partes; celebración por proclamas del matrimonio de un menor a pesar de la prohibición pública de quien debía consentirlo; celebración fuera del plazo de caducidad de las proclamas, certificados o licencias; en fin, celebración en lugar distinto del indicado por el Superintendente del Registro o ante persona no autorizada. Esto por lo que se refiere al matrimonio contraído de conformidad con las ritualidades de la Iglesia de Inglaterra; para los otros matrimonios, causas de nulidad por defecto de forma son las siguientes: omisión de la solicitud dirigida al Superintendente; emisión indebida de los certificados o licencias; celebración después del plazo de caducidad, en edificio distinto del autorizado o ante persona no autorizada. Por el contrario, no son anulables los matrimonios contraídos con estos defectos: incumplimiento del requisito de residencia; falta de autorización al contrayente menor de edad; que el edificio registrado donde se ha celebrado no sea el del culto habitual de cualquiera de las partes; obtención indebida del permiso para casarse en un distrito distinto de aquél en que una de ellas reside con el pretexto de no existir en él el culto que profesan.

Consecuencias importantes que se derivan de estas enumeraciones son, entre otras, las siguientes. De una parte, dado el carácter taxativo de las mismas, hay que entender que la regla general es que los

(28) En este sentido, la publicación preliminar, núm. 35, cit., pág. 5.

defectos de forma no invalidan el matrimonio, a no ser que se trate de uno de los que la Ley sanciona expresamente con la nulidad (29); los demás defectos, por consiguiente, sólo tienen una sanción de índole penal, pero carecen de efectos en el ámbito civil, aunque no estén incluidos en la lista de los defectos que no conducen a la nulidad. Así, irregularidades tales como la celebración fuera de las horas hábiles o a puerta cerrada; o sin la utilización de las palabras prescritas, no afectan a la validez del matrimonio. De otra parte, se requiere, sin embargo, un mínimo de formalidades de modo que la ceremonia constituya una de las formas conocidas y reconocidas por la Ley como aptas para producir un matrimonio válido, según se declaró en el caso *R. v. Bham* de 1966; así, por ejemplo, se ha entendido que una ceremonia islámica realizada fuera de un edificio registrado no genera un matrimonio válido, mientras que, realizada dentro del mismo, podría ser plenamente eficaz (30). En el caso *Wing v. Taylor* de 1861 se resolvió que la omisión de los testigos no era suficiente para invalidar la ceremonia de celebración, y se reiteró el principio establecido pocos años antes de que el defecto de forma no provoca, por regla general, la nulidad del matrimonio (31); en concreto, un matrimonio no inscrito, cualquiera que sea la forma bajo la que se ha celebrado, debe considerarse, de acuerdo con tal principio, válido y eficaz desde el momento en que se ha perfeccionado por el intercambio de consentimientos, aunque acto seguido una de las partes se desista (32).

6. Significativas son, por último, algunas ideas sobre la reforma de la disciplina descrita, no ya para calificar indirectamente nuestro sistema matrimonial actual, sino, sobre todo, de cara a la regulación futura del matrimonio celebrado en forma religiosa no canónica o no católica que previenen los artículos 49, 2.º, 59, 60 y el discutido 63 del Código civil. Punto de partida de esta reforma es que las formalidades del matrimonio significan algo más que las solemnidades precisas para contraerlo; no se agotan en el perfeccionamiento del mismo, sino que desempeñan, por el contrario, importantes funciones de tipo sustantivo y social. Están encaminadas, en términos generales, a la protección de la pareja y los hijos, no menos que a la tutela de los terceros que se relacionan singularmente con ellos; interesan a la sociedad considerada colectivamente, pues dependen del matrimonio no sólo el estado civil de las personas sino las relaciones de familia o parentesco y las consecuencias que se derivan de las mismas tanto en el orden personal y familiar como patrimonial, lo mismo *inter vivos* que *mortis causa*. Piénsese, por ejemplo, que los impedimentos matrimoniales, los alimentos, la vivienda familiar o los derechos hereditarios están en función no sólo de la existencia del matrimonio,

(29) Mantiene este criterio con acierto P. M. BROMLEY, *op. cit.*, p. 79.

(30) Cfr. 1 Q. B. 159; en el sentido indicado, S. M. CRETNEY, *op. cit.*, p. 46.

(31) Cfr. 2 Sw. y Tr. 278, que repite el criterio sentado en *Campbell v. Corley* (1856) 28 L.T.O.S. 109.

(32) Como sucedió en el caso australiano *Quick v. Quick* (1953) V.R. 224, según refiere S. M. CRETNEY, *op. cit.*, p. 47.

sino de que éste se haya celebrado en forma regular. De aquí que las formalidades de celebración deben, en concreto, servir para crear certeza acerca de si existe el matrimonio o no y sobre el momento exacto en el que se lo debe entender perfecto; deben facilitar la prueba y la publicidad no sólo del matrimonio que se pretende celebrar, sino también del que se ha realizado ya; deben impedir que accedan al mismo personas que no pueden hacerlo legalmente o que no han sido autorizadas por quienes deben consentirlo o sin el conocimiento de quienes podrían oponerse, como el cónyuge anterior de uno de los contrayentes separado o divorciado; deben las solemnidades de celebración, en fin, ser idóneas para expresar el significado profundo del acto en el orden familiar y social, evitar restricciones innecesarias o inútiles e impedir, en lo posible, matrimonios que están llamados al fracaso (33). Así, frente a la necesidad de certeza, se ha propuesto determinar con exactitud los requisitos formales mínimos e indispensables para que el matrimonio exista y sea válido, y el momento preciso a partir del cual se deba entender que la relación matrimonial comienza; asimismo, abandonar el criterio subjetivista que hace depender la validez del matrimonio de la voluntad de los propios contrayentes, o incluso del de mala fe que presiona sobre el inocente, y sustituir la sanción de nulidad, satisfechas las formas mínimas, por una sanción diversa (34). En cuanto a la publicidad, se ha constatado que ésta es ineficaz salvo para periodistas y comerciantes interesados en festejos y listas de bodas, y se ha recomendado un sistema inquisitivo que habilite a los funcionarios del Registro para indagar la identidad y el estado civil real de los contrayentes o para requerir la declaración de voluntad de otras personas (35). Por lo que se refiere a las formalidades preparatorias o preliminares, se ha sugerido simplificarlas y reducir las (36), en términos similares a nuestros artículos 52, 54 y 56 del Código civil, siempre que el último se entienda de aplicación general, no sólo al matrimonio celebrado en forma civil, sino también al que adopte la forma religiosa, con la posible excepción del matrimonio canónico habida cuenta del expediente prematrimonial que éste contempla y regula. En lo que concierne a la celebración, se requiere más solemne, menos burocrática y que esté rodeada de un entorno material mejor (37); asimismo, que se lleve a cabo de tal manera que asegure que las partes han comprendido el significado del acto, el idioma uti-

(33) Aparte de los textos de la *Law Commission* que hemos mencionado es de interés, además del Informe Kilbrandon sobre la celebración del matrimonio en Escocia, el llamado Informe Latey, redactado por una Comisión oficial sobre la mayoría de edad y publicado en 1967.

(34) *Vid. Law Commission*, núm. 53, párs. 121 y ss.

(35) Asimismo, *Law Commission*, núm. 53, párs. 15 y ss.; también, *vid. el Informe Kilbrandon*, párs. 61 y ss.

(36) En particular, se ha propuesto por la *Law Commission*, núm. 53, párs. 11-12, conservar el certificado prematrimonial del Superintendente del Registro como formalidad preparatoria normal, con dos variantes, a saber: la licencia especial y la del Registrador General; de aquí, la analogía apuntada en el texto.

(37) *Vid. Law Commission*, núm. 53, cit., párs. 21-22.

lizado en la ceremonia y que se trata de un matrimonio sujeto al Derecho en vigor, cualquiera que sea la forma en que se ha celebrado (38). Y ello porque ha habido resistencia al matrimonio civil obligatorio, que se ha estimado preferible (39). En fin, en orden a reducir los fracasos matrimoniales, se ha discutido la posibilidad de insertar en la fase preparatoria del mismo un período de prueba, una especie de esponsorio, noviazgo o promesa de matrimonio, con carácter obligatorio dentro de la misma, o bien un examen médico con el mismo carácter; el primero no ha prosperado, sobre todo, por no estar demostrado plenamente que la precipitación del matrimonio sea la causa de tales fracasos, mientras que el segundo, a pesar de los problemas que suscita en caso de resultar desfavorable, se ha admitido con carácter voluntario (40).

Anotemos muy brevemente, para terminar, que el sistema descrito se asemeja sólo de un modo aparente a nuestro sistema matrimonial en vigor; su estructura es, en efecto, la de un matrimonio civil sujeto a un régimen jurídico uniforme que se puede celebrar, a elección de los contrayentes, en formas diferentes. Pero la analogía llega hasta aquí; de cuanto hemos expuesto resulta, por el contrario, una disciplina de la celebración del matrimonio que es profundamente diferente. Y no puede ser de otro modo porque el sistema matrimonial es un producto de la evolución histórica, de la presencia del hecho religioso y de la transformación incesante de la realidad social, factores que adoptan en Inglaterra un signo peculiar, o que son, por lo menos, diferentes de los nuestros. Existe allí una Iglesia oficial con la que coexisten, desde hace largo tiempo, otras comunidades religiosas con igual arraigo, tradición y seriedad. Ello explica la dualidad de regímenes que hemos visto, la que no se compagina bien, por lo demás, con el principio de no discriminación que consagra, entre otros, el artículo 14 de la Constitución. Ello explica también que los dos regímenes aludidos estén regulados por el Derecho del Estado, por el Derecho civil, incluso cuando se celebra con arreglo a los ritos de la Iglesia anglicana; por eso se trata, en el fondo, de un matrimonio celebrado siempre en forma civil el que puede tener lugar ante la Iglesia de Ingla-

(38) Insisten sobre este punto los dos textos de la *Law Commission*; así, el núm. 35, párr. 94, nota 4, y el núm. 53, Anexo, párrs. 96 y ss.

(39) El matrimonio civil obligatorio se ha considerado, como en el Derecho comparado, como el sistema más sencillo y práctico, además de ser el que menos se presta a discriminaciones, por razón de las creencias religiosas; pero, la *Law Commission* no ha logrado acuerdo sobre el mismo, dada la posible resistencia social que su implantación encontraría. *Vid.* núm. 35, párr. 70, y núm. 53, Anexo, párr. 72; concuerda el Informe Kilbrandon, párr. 108.

(40) Contra la primera propuesta se ha manifestado el Informe Latey, *cit.*, párrs. 178 y 182-183; sugiere la segunda con carácter voluntario el Informe Kilbrandon, *Apéndice*, párrs. 42-44. Señala S. M. Cretney, *op. cit.*, p. 50, las dificultades de este último caso de ser negativo, a saber: impide el matrimonio, debe el interesado comunicar el resultado a la otra parte o queda obligado sólo en conciencia a no contraer un matrimonio considerado médicamente inconveniente?

terra o bien ante el funcionario del Registro o la persona autorizada que pertenezca a una comunidad religiosa diversa. Aunque se pueda discutir si los artículos 59 y 60 han sancionado o no un estatuto especial para el matrimonio canónico, es claro que un sistema de matrimonio civil obligatorio como el anglosajón no ha sido contemplado por el artículo 49 del Código civil.

La administración de la sociedad anónima, en el Derecho comparado

ANGEL CRISTOBAL MONTES

Profesor Extraordinario de la Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Derecho alemán.—3. Derecho francés.—4. Derecho italiano.—5. Derecho anglosajón.

1. INTRODUCCION

Los problemas, tensiones y factores a que en la actualidad se ve sometida la sociedad anónima son comunes a los ordenamientos mercantiles de todos los países de economía capitalista desarrollada, porque en el fondo constituyen la emanación de una infraestructura que se presenta en términos similares o muy parecidos en las naciones avanzadas. Por ello no es de extrañar que aun existiendo las naturales variantes de una normativa a otra, nos encontremos una organización de la actividad administradora en la anónima que tiene muchos puntos de contacto y coincidencia, y que apunta a los mismos recursos e instrumentos para hacer frente y tratar de resolver las exigencias que plantea un mundo mercantil en trance de vertiginoso y arrollador cambio.

Tal como hace notar el profesor Rubio, la marcha de la disciplina más reciente de la sociedad anónima sigue siendo, y no sólo en sus líneas generales, la misma en cuantos países la han acometido, desde Inglaterra y los Estados Unidos de América hasta Suiza e Italia, y, en este sentido, no deja de ser significativo que, con alguna aisladísima excepción, nadie se haya extrañado siquiera de que la Ley alemana de 1937 y la reforma suiza del Código de las obligaciones en 1936 respondieran a una misma trayectoria, a pesar de la diferencia de regímenes políticos (1).

Y es que los hechos económicos tienen su propio lenguaje y obligan a una determinada confirmación de la normativa jurídica destinada a encuadrarlos y disciplinarlos por encima de cualquier consideración de tipo ideológico y político. En consecuencia, nada de extraño tiene

(1) RUBIO, *Curso de Derecho de sociedades anónimas*, Madrid, 1964, p. 19.

que ese sensible organismo que es la sociedad anónima se vea sometido en los países de similar estructura económica a unas mismas fuerzas reformadoras y a unos mismos estímulos de cambio.

Es frecuente a la hora de abordar el estudio comparado de la sociedad por acciones escindir los distintos ordenamientos en dos grandes grupos: el germano-italiano, por un lado, y el anglo-francés, por el otro. Característica típica del primer grupo es que junto al órgano de gestión se exige la presencia de otro órgano de vigilancia cuyo campo de atribuciones suele ser sensiblemente más amplio que el propio de los mecanismos controladores de los países pertenecientes al otro sistema. En el segundo, en cambio, la nota determinante viene dada por la compactación de la actividad administradora en un solo órgano (de ordinario, Consejo de Administración), del que es corriente emane una Dirección que se encarga de la gestión «diaria» de la empresa bajo la inmediata fiscalización del Consejo, correspondiendo a los órganos de control (Comisarios) la mera inspección contable de la marcha de la sociedad.

De todas maneras, la división anotada se encuentra en franca crisis en virtud de las recientes reformas promulgadas en algunos de los países más característicos de uno y otro grupo. Así, el Derecho francés ha dejado de ser desde la reforma de 1940-1943 el más representativo del grupo a que presta su nombre, al establecerse con carácter obligatorio la existencia de dos órganos de administración social (el *Conseil d'administration* y el *President-Directeur Général*), iniciando un proceso de acercamiento al modelo germánico que se ha visto impulsado de manera sensible con la nueva Ley de 1966, que ha previsto, si bien en forma voluntaria, una estructuración de la actividad de gestión copiada de la alemana; mientras que el Derecho italiano se ha alejado asimismo del marco al que se le adscribe en cuanto la conformación y actuación del *Collegio Sindicale* son más parecidas a las de los Comisarios de Cuentas galos que a las del *Aufsichtsrat* teutón.

Lo que sí parece cierto es que hoy se encuentra en auge el sistema alemán y en él se inspiran las más recientes reformas de la sociedad anónima, aparte de que, según apunta Rodríguez Artigas, la práctica tiende a favorecer el acercamiento de ambos sistemas, ya que en el sistema anglo-francés el Consejo de Administración se ha convertido de hecho en un organismo de vigilancia y en el germano-italiano el Consejo de Vigilancia tiende a participar en la gestión social (2).

2. DERECHO ALEMÁN

La característica más resaltante del sistema alemán en materia de administración quizá consista en la persistencia y continuidad con que se ha mantenido, a través de una larga evolución legislativa, la dualidad de órganos intervinientes en aquélla. En efecto, por un lado

(2) RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros Delegados, Comisiones Ejecutivas y Consejos de Administración*, Madrid, 1971, pp. 94-95.

hallamos un organismo encargado de la gestión de los asuntos sociales y, por el otro, un segundo mecanismo al que se encomienda la vigilancia del desarrollo de la actividad gestora. Con ello, el legislador alemán ha pretendido vigorizar la posición de los administradores frente a las interferencias de los accionistas, pero reforzando a su vez la intervención de éstos en todo lo referente al control de la gestión, produciéndose de esta manera una más precisa, racional y eficiente delimitación de funciones y el fortalecimiento de cada uno de los órganos rectores para el más cabal cumplimiento de la misión que le es propia.

El proceso se inicia con el Código de comercio (ADHGB) de 1981 que, aunque contempla el Consejo de Administración a la manera que era corriente para el momento en el Derecho europeo, prevé ya a su lado, si bien con carácter facultativo, un Consejo de Vigilancia (*Aufsichtsrat*) al que se encomienda el control de toda la actividad gestora. El origen de esta figura parece hallarse en las sociedades comanditarias por acciones que al comprender dos categorías de socios precisaban de un mecanismo de inspección compuesto por los socios accionistas a objeto de controlar la actuación de los socios gestores, y la justificación de su extensión al campo de las anónimas suscitó dudas y controversias, hasta el punto de que algún autor calificó su inserción de «irreflexiva y ligera».

El movimiento se vigoriza con la *Aktiennovelle* de 11 de junio de 1870 por la que, ahora ya de manera imperativa, se establece la administración de la sociedad anónima sobre los dos pilares del *Aufsichtsrat* o Consejo de Vigilancia y del *Vorstand* o Dirección (Consejo de Administración). El carácter necesario que esta Ley atribuye al Consejo de Vigilancia se justifica como un contrapeso del riesgo implícito en la supresión de la autorización estatal para la constitución de las sociedades anónimas que la misma instaura.

Aunque ahora, a diferencia de lo que ocurría en el ADHGB, ya se establece una relativa delimitación entre uno y otro órgano, parece ser que en la práctica el funcionamiento de este mecanismo dual en la esfera de la administración no estuvo exento de interferencias y confusiones, hasta el punto de que el legislador alemán tuvo que reconocer que en la realidad de los hechos el Consejo de Vigilancia había logrado asumir las funciones del antiguo Consejo de Administración, pasando a desarrollar la gestión de los asuntos sociales junto con el *Vorstand*.

La *Aktiennovelle* de 18 de julio de 1884 y el Código de comercio de 1897 (HGB) mantuvieron el sistema en la forma imperativa instaurada, aunque no acertaron a plasmar con la necesaria precisión y claridad las líneas maestras de los dos mecanismos de la administración social, remitiendo a los estatutos la distribución y determinación de las facultades entre ellos. Así, a tenor del artículo 246 del segundo se permitía que estatutariamente se asignasen al Consejo de Vigilancia atribuciones de gestión que podían suponer desde la paralización de las decisiones adoptadas por la Dirección hasta el sometimiento de

ésta, en la esfera de la actividad administradora, a las órdenes impartidas por aquél. Como ha escrito Schmidt, es cierto que normalmente la actuación del Consejo de Vigilancia se concretaba en el señalamiento a la Dirección de las directrices a seguir en su gestión de los negocios sociales, pero la posibilidad de una estructuración distinta por vía estatutaria estaba latente y con ella la incertidumbre en cuanto a la precisa delimitación de las funciones de ambos órganos en el campo de la atribución de responsabilidades (3).

No debe extrañar, por tanto, que en la práctica, pese a los propósitos del legislador, ambos organismos se entremezclasen peligrosamente en sus funciones, burlando el acusado y superior carácter gestor que la ley alemana quería ostentase la Dirección y desdibujando el específico cometido de control que se asignaba al *Aufsichtsrat*, hasta el punto de que, según advierte Wiethölter, en la fase fundacional de una sociedad anónima el nombramiento de los miembros del Consejo de Vigilancia lo realizaban los fundadores o los Bancos participantes en la sociedad y posteriormente el propio Consejo designaba sus componentes, pasando a formarse la Dirección, en el mayor número de casos, con un grupo de miembros de dicho Consejo (4).

La confusión se subsana en buena medida mediante la *Aktiengesetz* de 30 de enero de 1937, que vino a fijar en forma inmodificable las respectivas competencias de los dos órganos de administración social. En efecto, aparte de otras novedades tales como las acciones privilegiadas sin voto, el aumento condicionado de capital y las obligaciones convertibles, la Ley de 1937 atribuye la dirección de la sociedad exclusivamente al órgano administrativo *Vorstand* (*Führerprinzip*) (5), el cual ostenta, en consecuencia, los poderes de gestión y representación y puede asumir forma unipersonal o colegiada (art. 70), caso este último en el que sus miembros han de actuar conjuntamente y adoptar resoluciones por unanimidad, a no ser que los estatutos permitan tomar decisiones por mayoría.

Al Consejo de Vigilancia, por su parte, le corresponde el nombramiento de la Dirección y el control de su gestión, vigilando la legalidad, oportunidad y corrección de su actuación (art. 95), pero sin que pueda intervenir en la marcha de los asuntos sociales, a no ser de manera excepcional en aquellas materias previstas estatutariamente o que el mismo Consejo considere dignas de su atención dada la importancia de las mismas. El Consejo de Vigilancia puede designar de su seno una o varias comisiones, especialmente con el fin de preparar sus deliberaciones y acuerdos o velar por el cumplimiento de éstos (art. 92), delegación de atribuciones respecto a cuya extensión los autores no se ponen de acuerdo, pues si bien la doctrina suele coincidir en cuanto a que no cabe delegar las facultades de vigilar, convocar la Junta General

(3) SCHMIDT, *Grosskomm Aktiengesetz*, I, Berlín, 1961, p. 248.

(4) WIETHÖLTER, *Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft in amerikanischen und deutschen Recht*. Karlsruhe, 1961, pp. 288 y ss.

(5) VON CAEMMERER, *La riforma tedesca delle società per azioni del 1965*, en *Rivista delle società*, 1967, I-II, p. 167.

y aprobar los balances, respecto a otros campos de actuación del Consejo se discute sobre su posibilidad o no de transferencia y sobre el grado en que la delegación puede ser hecha.

En materia de delegación debe señalarse, asimismo, que a tenor del artículo 71 de la Ley de 1937 la Dirección «puede autorizar individualmente a sus miembros para la ejecución de ciertos asuntos o de cierta clase de asuntos», permisión que implica la posibilidad de delegación parcial del poder de representación (*Vertretung*) que, en principio, corresponde a dicha Dirección en forma colectiva; contrariamente, no existía previsión legal sobre la dejación de los poderes de gestión (*Geschäftsführung*), lo que no impidió que la doctrina la admitiese en base a considerar la frecuente interconexión y mutua dependencia que se dan entre la actividad gestora y la actividad representativa.

Se produce, de esta manera, la distribución de la competencia en el ámbito de la estructura societaria mediante la articulación en dos Consejos del órgano *lato sensu* administrativo (6), a los que corresponde la actuación de la administración en un régimen de equilibrio, pues si bien el *Vorstand* vio reforzada su independencia, el posible peligro que ello entrañaba se conjuró al reforzar las facultades de vigilancia del *Aufsichtsrat*, el cual podía destituir a la Dirección.

El último paso de esta evolución legislativa en Alemania viene dado por la vigente *Aktiengesetz* de 6 de septiembre de 1965, que establece el régimen jurídico de las sociedades anónimas y que, en lo que respecta a los órganos de administración social, introduce sólo pequeñas modificaciones de detalle manteniendo invariada la división de funciones entre los varios mecanismos sociales, que había sido introducida por la Ley de 1937. Entre las causas propiciadoras de la reforma se suele señalar la de que era preciso fijar minuciosamente las sanciones apropiadas a la mayor autonomía y a la creciente responsabilidad que se asignaba a los administradores, porque si en un régimen totalitario era natural que existiese la convicción de que el Estado podía intervenir en todo tiempo, con los instrumentos a su disposición, cuando reconociese en un cierto tipo de dirección de la empresa un peligro para la colectividad, ahora, mutadas la mentalidad y la estructura socio-política, se trataba de averiguar si el sistema de publicidad podría ser estructurado y los derechos de los accionistas potenciados de modo que representasen un eficaz contrapeso al poder de los administradores. También debe resaltarse la necesidad de dar una nueva regulación a los *Konzern*, pues mientras la Ley de 1937 contemplaba la sociedad por acciones como empresa autónoma, en la actualidad cerca del 70 por 100 de las sociedades se hallaban recíprocamente coligadas en *Konzern*, tarea de especial dificultad ya que el legislador se movía en un terreno nuevo por completo (7).

Como se señalaba, la nueva normativa ha mantenido la dualidad de órganos administradores, consumando así una evolución netamente

(6) GAMBINO, *El ruolo della giurisprudenzá. Potere tecnologico e diritto dell'impresa*, en *Rivista del diritto commerciale*, julio-agosto 1967, p. 267, n. 42.

(7) VON CAEMMERER, *La riforma tedesca...*, loc. cit., p. 170.

nacional y ratificando la preferencia por una estructura de la gestión social que se ha revelado como adecuada y eficiente y ha influido de manera notoria en el moderno movimiento mundial de reforma de la sociedad anónima. Según el artículo 76 de la Ley de 1965, «el *Vorstand* dirige la sociedad bajo su propia responsabilidad», habiendo desaparecido en dicho precepto la frase del anterior artículo 70, que, en clara referencia al momento político en que fue promulgado, hablaba de «según las exigencias del bien de la empresa y su personal, y el interés común del pueblo y del Estado», sin que prosperase tampoco, algo que la doctrina lamentará porque reflejaba el carácter social que debe adornar a la sociedad anónima, la que había sido propuesta para reemplazarla, que rezaba: «conforme al interés de la empresa, sus empleados y sus accionistas, así como al interés general».

La Dirección puede estar integrada por una o varias personas, que no necesitan ser accionistas, pero que no pueden ser miembros del Consejo de Vigilancia (art. 105), lo que, a no dudar, contribuye en forma sustancial a reforzar la independencia de aquélla frente a éste, algo que ha sido una constante en la regulación germánica de la sociedad anónima. El nombramiento y destitución de los componentes del *Vorstand* corresponde al *Aufsichtsrat* (art. 84), pero la renovación no es libre, sino que tan sólo procede cuando existan motivos fundados que la justifiquen.

A la Dirección están atribuidos los poderes de gestión y de representación, ahora configurados y separados con mayor nitidez. A tenor del artículo 77, la gestión corresponde en forma mancomunada a todos los miembros del *Vorstand*, salvo las excepciones permitidas por los estatutos o por el reglamento interno de dicho órgano, lo que representa, en el sentir de la doctrina, la consagración de dos criterios básicos: la indelegabilidad de ciertas facultades ínsitas a la Dirección en cuanto mecanismo colegiado y la responsabilidad de ésta por los actos de sus delegados (8). Según el artículo 78, la Dirección representa a la sociedad en juicio y fuera de él, sin que sean eficaces frente a terceros las limitaciones que puedan establecerse a este poder (art. 82), aunque debe anotarse lo corriente que es en la práctica el que los estatutos acojan fórmulas de representación individual o conjunta por dos personas, procediendo a derogar el principio de la representación colegial a través del procedimiento previsto en el mismo artículo 78 de la Ley.

Al *Aufsichtsrat* corresponde la vigilancia del desarrollo de la actividad gestora de la Dirección (art. 111), debiendo estar integrado al menos por tres miembros, aunque los estatutos pueden exigir un número superior; la elección de sus integrantes compete a la Junta General de Accionistas, a no ser que ésta delegue semejante atribución en el propio Consejo o se trate de miembros cuyo nombramiento corresponda al personal de la empresa (art. 101). A la vigilancia *stricto*

(8) WÜRDINGER, *Aktien und Konzernrecht*, Karlsruhe, 1966, pp. 113 y ss.; GODIN-WILHELM, *Aktiengesetz*, I, Berlín, 1967, pp. 377 y ss.; HUECH, *Gesellschaftsrecht*, Munich, 1970, pp. 141 y ss., etc.

sensu se añaden como funciones propias del Consejo la aprobación del balance y de las cuentas generales de la sociedad, pero, en cambio, ratificando la orientación anterior, se prohíbe que el mismo desempeñe la gestión de los asuntos sociales, salvo que los estatutos o el propio Consejo hayan establecido que determinadas decisión de gestión sólo pueden adoptarse con la aprobación de este último, situación que, excesivamente difundida en la práctica, produce el inevitable enturbiamiento dentro de la organización de la actividad administradora, en cuanto da lugar a un punto de coincidencia funcional de dos órganos que, en principio, deberían actuar por separado y a la manera de recíproco contrapeso, y ocasiona, como antes señalaba, que un genuino mecanismo de control participe en la gestión social con daño de la pureza y limpidez del sistema, hasta el punto de que los autores duden sobre si es posible continuar hablando de que el Consejo de Vigilancia constituye un órgano de administración pasiva.

La coordinación entre ambos órganos se logra mediante la obligación que pesa sobre el *Vorstand* de informar al Consejo en relación a la política de la sociedad y otras cuestiones fundamentales de la futura gestión, a la marcha de los negocios y a la situación general de la sociedad (art. 90), información que procede realizar en los plazos legalmente establecidos. De esta manera, hace notar Iglesias Prada, ambos órganos, considerados como piezas del conjunto general de la administración, tienen a su cargo el desarrollo de la actividad administradora con una perspectiva de equilibrio cuyo mejor fundamento es la independencia que caracteriza su reglamentación legal (9).

Por lo que se refiere a la delegación de facultades, la Ley de 1965 es extraordinariamente parca en relación al *Vorstand*, pues se limita a establecer que podrá dictarse un reglamento para la Dirección sin especificar cuál deberá ser su contenido. Ha sido la doctrina la que ha procedido a desarrollar esta materia sobre la base de que hay un núcleo de funciones que no es posible delegar, mientras que las restantes es posible encomendarlas a sus miembros en aras de una más rápida y eficiente realización de la actividad gestora; entre las primeras, que al no ser delegables deberán ser cumplidas por la Dirección como colegio, se encuentran la información sobre el desarrollo de la gestión, llevar la contabilidad, realizar las actuaciones que en situación de pérdidas o de insolvencia dispone el artículo 92 y presentar el balance y la documentación acreditativa de la marcha de los asuntos sociales.

Más amplia es la previsión legal en este punto con relación al *Aufsichtsrat*, ya que a tenor del artículo 107 se pueden constituir en el seno de aquél comisiones delegadas a objeto de preparar asuntos o decisiones de la competencia del mismo o para controlar la puesta en marcha y realización de sus acuerdos. En principio, la creación de tales comisiones es libre, y, por lo que respecta a si los estatutos pueden imponer su constitución, la doctrina alemana se halla dividida, ya que mientras ciertos tratadistas no ponen objeción a la validez de

(9) IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Madrid, 1971, pp. 56-57.

una disposición estatutaria de semejante tenor, otros rechazan tal posibilidad, en razón, como dice Janberg, de que la imposición de una comisión al Consejo de Vigilancia privaría a este órgano de sus poderes y si se entendiese que, no obstante la creación de la comisión, conserva aquél la competencia sobre las materias atribuidas a ésta, dicha comisión quedaría privada de justificación y sentido (10).

De todas maneras, el número de atribuciones del Consejo indelegables que la Ley de 1937 contemplaba se ha visto sensiblemente ampliado por la de 1965, ya que el artículo 107 de la misma recoge un compacto haz de tareas que en forma necesaria tienen que ser cumplidas por el *Aufsichtsrat* en pleno, aparte de que existe expresa reserva del poder decisorio a favor de este organismo, pues hoy, a diferencia de lo que ocurría con la normativa derogada, no existe duda alguna de que las diversas comisiones delegadas que designe el Consejo carecen de carácter ejecutivo.

Finalmente, la doctrina entiende que el nombramiento de una comisión en el seno del Consejo de Vigilancia no implica responsabilidad por la actuación de ella para aquellos miembros que no hayan sido designados para integrarla, respecto a los cuales la responsabilidad se circunscribe a la que proceda por la elección y vigilancia de sus integrantes.

Queda expuesta así, de manera panorámica, la organización de la actividad administradora en la sociedad anónima alemana, modelo que, como antes decíamos, funciona en la práctica y es acogido en forma creciente por las modernas regulaciones societarias, porque, en el fondo, y ahí está la raíz de su éxito, se ha limitado a plasmar en las normas algo que viene impuesto por la fuerza misma de la empresa: la transformación de los tradicionales órganos de administración en meros instrumentos de control y vigilancia.

Sin embargo, no se crea que el sistema es técnicamente perfecto y que la dualidad de órganos en el campo de la administración social constituye la solución ideal para atender a las actuales tensiones y exigencias de las estructuras de gobierno de la anónima. En efecto, ya se ha apuntado que con anterioridad a la Ley de 1937 el Consejo de Vigilancia funcionaba en la práctica como un Consejo de Administración, gestionando los asuntos sociales de manera conjunta con el *Vorstand*, e, incluso, tras esa Ley y en la actualidad, gran número de autores estiman que la diversificación de órganos no ha conseguido alcanzar las metas perseguidas por el legislador. Así, en base a una encuesta realizada sobre 132 sociedades de la República Federal Alemana, Werth considera que el *Aufsichtsrat* es un mecanismo ineficaz en las compañías cuyo capital se halla muy diseminado, mientras que en aquellas otras en que existe una fuerte concentración de capital el Consejo es, de hecho, cogestor con la Dirección (11). Y ello, re-

(10) JAMBERG, *Aufsichtsratsausschüsse nach altem und neuem Aktienrecht*, en *Die Aktiengesellschaft*, enero de 1966, pp. 1 y ss.

(11) WERTH, *Vorstand un Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft*, Düsseldorf, 1960, pp. 51 y ss.

salta Rodríguez Artigas, no sólo por la inobservancia de los preceptos legales sino porque, de una parte, sólo a través de una participación en la gestión es posible ejercer una eficaz vigilancia sobre ésta, y, de otra, la posibilidad, legalmente establecida, de impedir que determinados asuntos, fijados por el mismo Consejo de Vigilancia, se concluyan sin su consentimiento, concede a este órgano una no despreciable influencia en la marcha de la gestión (12).

3. DERECHO FRANCES

Como ya se ha advertido, tradicionalmente ha sido frecuente oponer al sistema germánico de dualidad de órganos en la administración social el denominado sistema francés, cuya característica básica residiría en que la administración corresponde a un único órgano y el control de su actividad tan sólo tiene lugar a través de la mera revisión contable. Pero tal estructura del poder social se ha visto seriamente afectada en virtud de la creciente influencia de los cuerpos de dirección de la empresa, que ha dado lugar a que la actividad de gestión ordinaria haya ido pasando del seno del Consejo de Administración a la Dirección, lo que determina, en consecuencia, la participación de un doble órgano en la esfera administrativa con resultados muy similares a los que se producen en el sistema alemán.

La venerable Ley de 24 de julio de 1867, llamada *la charte des sociétés par actions*, mejoró muy poco en punto a la administración social el deficiente y escaso sistema establecido por el *Code de Commerce*. Su artículo 22 calificaba a los administradores como mandatarios (13) y les facultaba para elegir entre ellos un director, o, si los estatutos lo permitían, designar un mandatario extraño a la sociedad, del que serán responsables con relación a ella, permisión en la que es frecuente hallar el punto de arranque de una evolución que permitiría estructurar la administración social en base a una mayor agilidad, unidad, modernidad y eficiencia de la misma.

Curiosamente, la reunión de los administradores en Consejo no tenía previsión legal, pero en la práctica fue normal su constitución por más que su existencia tuviese mero carácter voluntario. Eran las disposiciones estatutarias las que, modelando y repitiendo un mecanismo surgido de la misma vida mercantil, acostumbraban a contemplar un Consejo de Administración, Consejo que, haciendo uso de la posibilidad contemplada en el artículo 22 de la Ley, solía delegar parte

(12) RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros Delegados...*, op. cit., p. 102.

(13) Los autores resaltaban cómo la ley implícitamente negaba a los administradores, considerados individualmente, la calidad de mandatarios de la sociedad, por lo que semejante calidad correspondería en exclusiva al Consejo en su conjunto, regla que, aunque no formulada de manera expresa por la Ley de 1867, se desprende sin duda de su espíritu y se hallaba confirmada por un uso constante, recordando que es principio en el campo mercantil el que los usos deben prevalecer sobre la ley civil.

sustancial de sus atribuciones en un Comité de dirección, administrador delegado (cuando fuese miembro del Consejo) o director general (si no era consejero).

Aunque no faltan autores que estiman que el artículo 22 se limitaba a permitir que los administradores pudiesen hacerse representar entre sí por un extraño en las sesiones del órgano de administración (14), la casi generalidad de la doctrina francesa considera que tanto el administrador delegado como el director general eran mandatarios sustitutos que estaban sometidos al superior poder de los administradores, cuya responsabilidad no enervaban, y se encuadraban jurídicamente en la figura civil de la sustitución en el mandato, cuya normativa les era aplicable por analogía (15).

Al administrador delegado y al director general se les dotaba de los poderes precisos para atender a la gestión ordinaria de la sociedad, tales como la admisión, despido, vigilancia y control del personal, movimiento de fondos, conclusión de contratos, ejercicio de acciones judiciales, adopción de medidas urgentes, etc. (16); su actuación quedaba sometida a la inspección del Consejo, al que, por lo demás, solía reservarse la competencia para decidir los asuntos más trascendentales en la marcha de la sociedad. En las grandes compañías era frecuente, también, que entre el Consejo de Administración y los delegados existiese un Comité de Dirección que venía a ser una especie de delegación permanente y colegiada del primero.

El sistema funcionó moderadamente bien mientras el mundo societario tuvo una expansión limitada, pero, a medida que el campo de la anónima creció en extensión, importancia y complejidad, la falta de una adecuada y precisa normación legal se reveló como fuente propicia para toda clase de abusos e irregularidades. Como señalaría Bosvieux: «Eran numerosas las sociedades en las que se multiplica-

(14) LYON CAEN Y RENAULT, *Traité de Droit commercial*, II-2.º, París, 1909, pp. 219 y ss.

(15) VAVASSEUR *Traité théorique et pratique des sociétés par actions*, París, 1868, pp. 149 y ss.; DE COURCY, *Les sociétés anonymes*, París, 1869, pp. 17 y ss.; GONTIER, *Le directeur et l'administrateur délégué de la société anonyme*, París, 1915, p. 3; THALLER, *Traité élémentaire de Droit commercial*, París, 1925, p. 425; ESCARRA Y RAULT, *Traité théorique et pratique de Droit commercial*, IV, París, 1959, p. 194.

(16) PIC, *De l'administrateur délégué, du directeur général et du directeur technique dans les sociétés anonymes*, en *Revue trimestrielle de Droit civil*, octubre-diciembre de 1913, pp. 694 y ss. Señalaba este autor cómo la disposición del párrafo 2.º del artículo 22 de la Ley de 1867 era una de las más inoportunas y oscuras de la Ley, y no se deplorará bastante que el legislador no haya creído que debía, como ha hecho el legislador alemán, trazar una teoría general de la dirección, determinando con exactitud la manera de nombrar el Director, sus poderes, su responsabilidad, tanto respecto al Consejo, como respecto a la sociedad. En vano la práctica y la jurisprudencia se han esforzado en edificar, sobre las bases del artículo 22, una construcción jurídica coherente; los trabajos preparatorios son tan confusos, las situaciones que los redactores de dicho artículo han agrupado bajo un solo texto son, en el fondo, tan desemejantes, que, por la fuerza misma de las cosas, Tribunales y comentaristas se encuentran frecuentemente en falta y llegan a afirmaciones contradictorias o difícilmente conciliables.

ban con exceso los puestos de administradores, adquiriendo el derecho a amplias remuneraciones, sin necesidad de aptitudes especiales ni de un trabajo efectivo. En otras sociedades, los administradores se repartían entre ellos las funciones directivas mediante contratos de arrendamiento de servicios, aumentando así sus ventajas pecuniarias y garantizándose contra el riesgo de la revocación. Muchos Consejos de Administración, cuyos miembros no respondían más que civilmente de sus faltas, se limitaban a ejercer un control discreto e intermitente sobre los actos del administrador delegado y del director, que si bien, por lo general, eran la pieza maestra de la empresa, no quedaban obligados *vis a vis* con la mayoría de los accionistas...» (17). En especial, era frecuente que la regla fundamental de la revocabilidad *ad nutum* de los administradores resultase de hecho burlada mediante la atribución a los mismos de funciones asalariadas de dirección en la sociedad, funciones frecuentemente inútiles, creadas tan sólo para que ellos las conservasen en caso de revocación como administradores o para que pudiesen obtener una indemnización el día de su separación (18).

La situación se trató de atender mediante las Leyes de 16 de noviembre de 1940 y 4 de marzo de 1943, que instauraron una organización de la sociedad anónima fuertemente inspirada en el *Führerprinzip* de la Ley alemana de 1937, lo que dio lugar a que ciertos sectores doctrinales, aparte de criticar la imperfección y oscuridad de los preceptos legales, lamentasen la pérdida del principio de libertad en la administración social consagrado por la práctica estatutaria y pronosticasen su desaparición una vez que cesase la ocupación alemana (19), lo que evidentemente no ocurrió porque la normativa de 1940-1943 se ha mantenido en vigencia hasta muy recientes años y su espíritu ha sido recogido, en buena medida, por la Ley actual.

La nueva regulación de la sociedad anónima estableció con carácter necesario el Consejo de Administración, regulando con detalle todo lo referente a su composición, atribuciones y funcionamiento, y además exigió, también con el mismo carácter obligatorio, la presencia de un presidente-director general, que debía ser elegido por el Consejo entre sus miembros y estaba sometido a un estatuto establecido por la Ley, del que caben resaltar los puntos relativos a la cualidad de persona física del nombrado, plazo de designación no superior a seis años, prohibición de desempeñar el cargo por más de dos mandatos, específica concreción de su responsabilidad y posibilidad de revocación *ad nutum* por el Consejo (20).

(17) ESCARRA, *Traité...*, IV, *op. cit.*, p. 198; RIPERT y ROBLOT, *Traité élémentaire du Droit commercial*, I, París, 1963, pp. 476 y ss.; BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, París, 1957, pp. 83 y ss.

(18) HÉMARD, *La réforme des sociétés par actions en France et la loi du 24 juillet 1966*, en *Rivista delle società*, 1967, I, II, p. 134.

(19) BADOUIN, BUGNET y GOZARD, *La direction des sociétés par actions en France et en Allemagne*, París, 1941, pp. 60 y ss.; VERNON, *Le président-directeur général dans les sociétés anonymes*, París, 1958, pp. 19 y ss.; BERR, *L'exercice...*, *op. cit.*, pp. 94 y ss., etc.

(20) VERNON, *Le président...*, *op. cit.*, pp. 17 y ss.

El propósito legal se orientaba a que en adelante la administración estuviese encomendada al Consejo y la dirección se vinculase al presidente-director general, que de esta manera vendría a tener importancia relevante en la estructura administradora porque sobre él pesaría la gestión ordinaria y permanente de los asuntos sociales y quedaría, de hecho, constituido en el genuino jefe de la empresa. Sin embargo, el legislador no se cuidó de clarificar suficientemente qué debía entenderse por administrar y qué por dirigir, con lo cual trasladó el problema a la iniciativa y previsión de los juristas que han tenido que ir procediendo, a través de una progresiva depuración estatutaria, a modular de manera adecuada las respectivas atribuciones de una y otra actividad, con su resultado práctico francamente halagüeño porque lo cierto es que se han suscitado escasos conflictos en una materia tan delicada como ésta, en la que, por la imprecisión legal, eran de temer frecuentes controversias y disputas.

El presidente-director general podía estar asistido de un director general adjunto, designado en el seno del Consejo o ajeno a él y que la doctrina suele considerar como mandatario aunque no se ponga de acuerdo sobre si la relación contractual se establece con el Consejo o con el presidente-director general (21), y delegar, caso de encontrarse impedido, la totalidad o parte de sus funciones en un administrador, salvo que por hallarse en la imposibilidad de realizar tal delegación, proceda el Consejo a designar uno de sus miembros (22). Según reseña Iglesias Prada, esta delegación tenía un carácter completamente excepcional porque no se pretendía a través de ella el establecimiento de una determinada organización de la administración social, sino la conservación de un esquema preestablecido cuando circunstancias especiales impidiesen el desarrollo de su actividad a uno de los elementos del mismo (23).

La necesidad de modernizar y reducir a unidad los diversos textos legales vigentes, así como el propósito de armonizar la legislación francesa sobre sociedad anónima con las leyes de los otros países del Mercado Común, llevaron a Francia a promulgar la Ley de 24 de julio de 1966, que, con sus 509 artículos, constituye, en expresión de Hemard, un verdadero Código de las sociedades comerciales. El proyecto original remitido por el Gobierno a la Asamblea Nacional se limitaba en la parte referente a la administración social a modificar muy levemente el régimen instaurado por la legislación de 1940-1943,

(21) OLLIER, *Le directeur général adjoint de la société anonyme*, en *Revue trimestrielle de Droit commercial*, 1961, pp. 535 y ss.

(22) La Ley de 1940 hablaba de que el presidente se encontrase en la imposibilidad de ejercer sus funciones, que, para los comentaristas, resultaría de un caso de fuerza mayor, en particular de la guerra o de una enfermedad; la Ley de 1943 dulcificó los términos al permitir la delegación siempre que el presidente se hallase impedido, término este que, ante la falta de un criterio jurisprudencial, los autores entendían en forma amplia como comprensivo de una enfermedad, viaje, interrupción de las comunicaciones con un establecimiento y otras similares: BERR, *L'exercice...*, *op. cit.*, pp. 136-137.

(23) IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 64.

pero el órgano parlamentario, a iniciativa de Capitant y Le Douarec, consideró conveniente introducir un dispositivo de administración como régimen paralelo y alterno al tradicional recogido en el proyecto, novedad de estirpe netamente alemana, que sus impulsores no se recataron en reconocer al admitir de manera expresa que «el Derecho alemán ha sabido dar a las sociedades anónimas una estructura más lógica y más eficaz que la que les impone el Derecho francés», a cuyo tenor dentro del campo de la actividad administradora se distinguiría entre la gestión de los asuntos sociales y la vigilancia del desarrollo de la actividad gestora. La Asamblea Nacional aprobó la adición, pero el Senado juzgó demasiado innovadora la organización prevista e introdujo en ella diversas modificaciones, rechazando el comité de empresa, que propugnaba Capitant, en cuanto órgano de control representante de los trabajadores, y vigorizando netamente los poderes del Consejo de Vigilancia. Como producto de una transacción entre las posturas de una y otra Cámara, se llegó así a la Ley de 24 de julio de 1966 (reformada por la Ley de 4 de enero de 1967).

La Ley de 24 de julio acoge dos formas de sociedad anónima en cuanto a la organización de su administración: una, la tradicional, y otra, la novedosa. La tradicional está plasmada en los artículos 89 a 117, a cuyo tenor la sociedad anónima debe estar dotada de un Consejo de Administración que administra la sociedad (art. 89) y de un presidente-director general que «asume, bajo su responsabilidad, la dirección general de la sociedad» (art. 113).

El Consejo estará compuesto por un mínimo de tres y un máximo de doce miembros, elegidos por la Junta General y revocables por ésta en cualquier momento, y precisamente para atacar una práctica viciosa, antes apuntada, que puede suponer el desvirtuamiento de la revocabilidad *ad nutum* de los administradores, el artículo 93 establece la necesidad para el asalariado de tener un contrato de trabajo correspondiente a una labor efectiva y anterior en dos años por lo menos a su nominación como administrador. Los poderes del Consejo de Administración se hallan formulados de la manera más amplia posible por el artículo 98, pero con el límite del objeto social y su restricción estatutaria es inoponible a terceros.

El presidente-director general se elegirá por el Consejo de Administración entre sus miembros y al mismo corresponde también la separación del cargo. La delimitación de su figura jurídica y el ámbito de poderes que le corresponde aparecen especificados por la Ley, cuyo artículo 113 dispone que las cláusulas estatutarias o las decisiones del Consejo de Administración que limiten los poderes legalmente conferidos al presidente-director general serán inoponibles a terceros.

Está prevista, asimismo, la existencia de uno o varios directores generales adjuntos cuyo estatuto precisa también la Ley, exigiéndose que el capital social sea al menos de 500.000 francos para que puedan ser nombrados dos de tales directores generales encargados de asistir al presidente. Existe, finalmente, la posibilidad de que las facultades del presidente sean delegadas en forma temporal en un administrador

cuando aquél se encuentre en la imposibilidad de ejercitarlas. El Decreto núm. 236 de 23 de marzo de 1967 ha autorizado al Consejo, en su artículo 90, para otorgar a uno o varios de sus miembros o a terceros, accionistas o no, toda clase de mandatos especiales para uno o varios objetos determinados, así como para decidir sobre la creación de comités encargados de estudiar los asuntos que el propio Consejo o el presidente sometan a su consideración.

Pese al mayor cuidado y rigor del legislador, no cabe afirmar que en la normativa actual estén plenamente delimitadas las funciones de administrar y dirigir, por lo que la distribución de competencias entre el Consejo y el presidente, que formularán los estatutos o el propio Consejo, no aparece dotada de la precisa nitidez y fijeza y ha llevado a la doctrina a posiciones encontradas al tratar de determinar la esfera de competencia de cada uno de estos órganos. Así, se ha sostenido que al presidente corresponde la dirección de los asuntos sociales, mientras que el Consejo vigila su actuación; que al Consejo, en cuanto mandante, corresponde fijar con entera libertad el ámbito de atribuciones del presidente y que a éste corresponde la realización de los actos ordinarios de gestión, siendo de la competencia del Consejo los restantes (24).

Paillusseau ha advertido, frente a estas tesis, que el artículo 98 de la Ley de 1966 habla de «gestión» para referirse a la competencia del Consejo de Administración en lugar de «administración» como hacía la Ley de 1940, y entiende que gestión significa administración patrimonial de la empresa, lo que supone que el acento para la separación de competencias debe ponerse sobre el aspecto económico que va ínsito en la sustancia misma de la actividad gestora: la sociedad se administra, se gestiona la empresa (25). Sobre la base de estas ideas, hoy se va extendiendo progresivamente en el país galo la tesis de que al Consejo de Administración le está atribuido el poder de decisión, que se sustancia en la formulación de la política general de la sociedad y en la inspección y armonización de la actividad de gestión; al presidente-director general, en cambio, le compete la ejecución de aquella estrategia general o, si se prefiere, la gestión diaria de los asuntos sociales, entendida esta gestión como la realización de la política general y de los planes aprobados por el Consejo de Administración (26). De esta manera, se clarifica la distinción legal entre administración y dirección, se resalta el papel preponderante del Consejo y se hace énfasis en la idea apuntada por Tunc de que en una recta interpretación de la normativa sobre sociedades vigente debería sostenerse, mutando la expresión legal, que el Consejo dirige y el presidente administra.

La nueva estructura de administración de la anónima, ofrecida como opcional, ya que «no es posible introducir bruscamente en nues-

(24) BERR, *L'exercice...*, op. cit., pp. 90 y ss.

(25) PAILLUSSEAU, *La société anonyme. Technique d'organisation de l'entreprise*, París, 1967, pp. 214 y ss.

(26) ESCARRA Y RAULT, *Traité...*, IV, op. cit., pp. 191 y ss.

tro país y de una forma imperativa y sin transición instituciones extranjeras que ofrecen el riesgo de chocar contra nuestras costumbres», está prevista en los artículos 118 a 150 de la Ley y ostenta, según antes se advertía, una clara inspiración germánica. Responde al propósito de asegurar la separación entre gestión y control y de preparar la reforma de la empresa mediante la asociación de los trabajadores al control y a la dirección de la sociedad (27). Sus piezas básicas son el *Directoire* y el *Conseil de Surveillance*.

El Directorio, órgano colectivo de gestión (28), está investido de los más amplios poderes para actuar en cualquier contingencia en nombre de la sociedad (art. 124) y acumula, en realidad, los poderes del Consejo de Administración y del presidente-director general de la sociedad anónima clásica, correspondiendo la representación del ente societario al presidente del Directorio. Está integrado por un máximo de cinco miembros, accionistas o no, que son nombrados por el Consejo de Vigilancia por cuatro años y revocados por la Junta General a propuesta del Consejo. En esta última circunstancia radica una importante diferencia entre el régimen alemán y el nuevo sistema francés, pues mientras en el primero la remoción de los miembros del *Vorstand* corresponde al *Aufsichtsrat*, en el segundo, como se acaba de señalar, está atribuida a la asamblea de accionistas, mutación con la que el legislador galo ha perseguido el logro de una mayor permanencia y estabilidad de los componentes del *Directoire*.

De acuerdo con el artículo 99 del Decreto de 23 de marzo de 1967, cabe realizar una distribución de las funciones del Directorio entre sus miembros, si existe previsión estatutaria al respecto y la autoriza el Consejo de Vigilancia. Semejante atribución, empero, no priva al Directorio de su carácter de órgano colegiado de dirección y atribuye a los designados la condición de directores generales.

Al Consejo de Vigilancia compete «el control permanente de la gestión de la sociedad» (art. 128), está compuesto por un número de miembros que pueden oscilar de tres a doce, que deben ser accionistas, y son nombrados y removidos por la Junta General. Está facultado para realizar en cualquier momento las inspecciones y controles que juzgue oportunos y puede solicitar toda la documentación que considera pertinente al respecto; por otra parte, aunque a diferencia del Consejo alemán no aprueba las cuentas, recibe al final de cada ejercicio los documentos contables e informa de ello a la Junta General. Los estatutos pueden subordinar la conclusión de ciertas operaciones, específicamente determinadas, por el Directorio a la previa autorización del Consejo de Vigilancia.

Según el artículo 115 del Decreto de 1967, el Consejo de Vigilancia está autorizado a conferir a sus miembros mandatos especiales para la realización de concretos cometidos y para proceder a constituir en su seno comisiones especializadas a objeto del más eficiente cumpli-

(27) HÉMARD, *La réforme...*, loc. cit., p. 141.

(28) Si el capital es inferior a 250.000 francos una persona puede ejercer esta función.

miento de su misión, lo que no empece a que el Consejo continúe asumiendo las responsabilidades que le son propias; en caso de ausencia temporal del presidente del Directorio, el Consejo puede sustituirlo por un administrador delegado nombrado al efecto.

Además de los directores generales antes mencionados, que asisten al presidente sin detrimento de sus poderes, pueden existir los directores técnicos, los cuales, a diferencia de los primeros que suponen órganos de la administración social cuyos titulares son mandatarios revocables *ad nutum*, están excluidos del estricto campo de la administración y constituyen un personal remunerado ligado a la sociedad por un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios (29). La delegación de facultades del Directorio está contemplada en forma muy restringida, circunstancia que se suele justificar en base al propósito del legislador de que los miembros de aquél desempeñen personalmente sus funciones y se dediquen de manera constante al desarrollo de las mismas (30).

4. DERECHO ITALIANO

El *Codice di Commercio* de 1882 no regulaba en forma imperativa la administración de la sociedad anónima, limitándose a establecer una serie de pautas mínimas, en régimen de gran liberalidad, que hizo derivar hacia las previsiones estatutarias la organización de la actividad gestora y permitió el surgimiento y conformación de una serie de figuras que las exigencias crecientes del mundo societario demandaban. Su artículo 121 disponía, con clara influencia francesa, que la sociedad será administrada por uno o más mandatarios, socios o no, circunstancia que implicaba no dar carácter necesario al Consejo de Administración, aunque diversos artículos del Código hacían referencia parcial y limitada a dicho órgano colegiado (arts. 140 y 141); en la práctica, según hacía notar la doctrina, lo corriente era que la gestión de los asuntos sociales estuviese encomendada a Consejos de Administración (31).

El Código permitía la constitución de un órgano colegial más reducido que el Consejo y destinado a facilitar a éste el cumplimiento de su misión administradora, en cuyo caso se producía, según hizo notar Vivante, un notable paralelismo entre el sistema alemán y el italiano, pues el *Aufsichtsrat* y el *Vorstand* del primero se correspondían a grandes rasgos con el *Consiglio di amministrazione* y el *Comitato esecutivo* del segundo en cuanto a su funcionamiento y cometido.

(29) BUGARD, *Direction générale et direction technique des sociétés anonymes*, París, 1968, p. 153.

(30) FAHIM, *Le directoire dans les sociétés anonymes soumises aux articles 118 a 150 de la loi du 24 juillet 1966*, en *Rivista delle società*, enero-diciembre de 1969, p. 57.

(31) VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, II, Milano, 1929, p. 284; NAVARRINI, *Trattato elementare di diritto commerciale*, II, Torino, 1932, p. 127; VIVANTE, *Il Consiglio di amministrazione e il comitato esecutivo nelle società anonima*, en *Rivista del diritto commerciale*, 1910, pp. 876 y ss., etc.

El artículo 148 del *Codice* contemplaba de manera expresa la figura del director general como persona extraña al Consejo al que por pacto social o por decisión de la asamblea se atribuía la parte ejecutiva de las operaciones sociales, siendo responsable frente a los socios y frente a terceros, así como los administradores, del cumplimiento de sus deberes. Su nombramiento y remoción correspondía de ordinario al Consejo, siempre que existiese permisión en los estatutos, y la doctrina le atribuía la condición jurídica de mandatario sustituto.

Contrariamente, el Código de comercio de 1882 no recogía de manera expresa la posibilidad de que el Consejo de Administración delegase alguna de sus facultades en uno o varios de sus miembros como órganos individuales de gestión, pero tampoco excluía al supuesto en cuanto del mismo había desaparecido el precepto prohibitivo del artículo 138 del Código Albertino de 1865. En la práctica, empero, se multiplicaron los casos en que se atribuían a miembros del Consejo, en cuanto administradores delegados, las facultades que legalmente estaba permitido conferir a un director general extraño, circunstancia que planteó a la doctrina y a la jurisprudencia la necesidad de encontrar la justificación de la figura.

De Gregorio sostenía que al estar admitido que la sociedad comercial nombre factores y que alguno de los administradores tenga la firma social se estaba reconociendo también, aunque fuese en forma indirecta, la posibilidad de la delegación de facultades (32). Para otros mercantilistas, en cambio, la admisión del supuesto se desprendía del número 5 del artículo 147 del *Codice* que al hacer solidariamente responsables a los administradores del general cumplimiento de sus deberes cuando «no sean propios exclusivamente de un oficio determinado y personal», realizaba el reconocimiento indirecto de la delegación de facultades a un miembro del Consejo, ya que, en otro caso, habría carecido de sentido y explicación semejante exclusión de la responsabilidad de los administradores puesto que haría referencia a un supuesto inexistente (33).

La diferenciación entre el administrador delegado y el director general se hacía descansar de manera principal en el hecho de que al no ser este último administrador no podía existir con derecho a voto a las reuniones del Consejo. A su vez, algún autor distinguía entre el director general cuyo nombramiento ha sido previsto en los estatutos, que cabe considerar como órgano facultativo de administración, y el director general surgido a simple iniciativa del Consejo, que no pasaba de ser mero colaborador y auxiliar de los administradores (34).

En cualquier caso, la existencia de delegados y directores no obs-

(32) DE GREGORIO, *De las sociedades y de las asociaciones comerciales*, VI, Buenos Aires, 1950, p. 422.

(33) FRE, *L'organo amministrativo nelle società anonime*, Roma, 1938, p. 184; PESCE, *Amministrazione e delega di potere amministrativo nella società per azioni*, Milano, 1969, p. 64; VIVANTE, *Il Consiglio...*, loc. cit., pp. 879 y ss.

(34) SOPRANO, *Trattato teorico-practico delle società commerciale*, II, Torino, 1934, pp. 660 y ss.

taba a que al Consejo de Administración, aparte la vigilancia de la actuación de los mismos, siguiese correspondiendo la adopción de las decisiones más importantes en punto a la gestión social.

El *Codice civile* de 1942 ha mantenido, en principio, la tradicional libertad italiana en cuanto a la organización de la actividad administradora en la sociedad por acciones. En tal sentido, la administración se puede confiar a una o varias personas, que no necesitan ser socios; sin embargo, frente al Código de 1882, que no exigía que en caso de pluralidad de administradores la gestión se actuase en régimen colegial, aunque de hecho así ocurriese en la organización estatutaria de las sociedades, el artículo 2.380 del vigente dispone que cuando la administración se confíe a varias personas, éstas constituirán el Consejo de Administración, con lo cual este órgano viene a tener un carácter formalmente necesario del que antes carecía.

El nombramiento de los administradores, que no puede hacerse por un período superior a tres años aunque cabe la reelección si no hay disposición contraria en el acto constitutivo, corresponde a la asamblea, a la que compete también su revocación en cualquier momento (art. 2.383). Los administradores que tienen la representación de la sociedad pueden llevar a cabo, de acuerdo al artículo 2.298, todos los actos que entren en el objeto social, salvo las limitaciones que resulten del acto constitutivo o del poder; las limitaciones no son oponibles a los terceros si no se inscriben en el registro de las empresas o si no se prueba que los terceros han tenido conocimiento de ellas. El Consejo de Administración es el órgano colegiado de gestión y, en consecuencia, para la validez de sus deliberaciones se exige la presencia de la mayoría de sus miembros en desempeño del cargo; sus decisiones se adoptan por mayoría absoluta, salvo disposición diversa del acto constitutivo, y el voto no puede emitirse por representación (artículo 2.388). Los administradores deben prestar caución en acciones nominativas de la sociedad o en títulos nominativos emitidos o garantizados por el Estado, en proporción no inferior al 2 por 100 del capital social (art. 2.387), disposición que, aunque orientada a garantizar la efectividad de la responsabilidad de aquéllos, deviene de hecho en una norma claramente discriminatoria y de incidencia oligárquica. Los administradores no pueden asumir la calidad de socios ilimitadamente responsables en sociedad en competencia ni ejercitar por cuenta propia o de terceros una actividad concurrente con la de la sociedad, a no ser que medie autorización de la asamblea (art. 2.390). En fin, los administradores deben cumplir los deberes impuestos por la ley o por el acto de constitución con la diligencia del mandatario y son solidariamente responsables frente a la sociedad de los daños derivados por la inobservancia de tales deberes; en cualquier caso, los administradores son responsables si no han vigilado la marcha general de la gestión o si, estando en conocimiento de actos perjudiciales, no han hecho cuanto podían para impedir su realización o para atenuar las consecuencias dañosas de los mismos (art. 2.392); frente a los acreedores sociales, los administradores responden por la inobservancia de

las obligaciones inherentes a la conservación de la integridad del patrimonio social (art. 2.394). La doctrina concibe al Consejo de Administración como un órgano colegial, necesario y permanente al que competen todos los actos de administración, ordinaria y extraordinaria, y la representación de la sociedad frente a terceros (35), resumiendo Minervini el complejo y variado haz de atribuciones que al mismo corresponde a dos actividades fundamentales: la relativa a la organización de la sociedad y la referente al ejercicio de la empresa social (36). Semejante concentración de toda la actividad gestora en el Consejo de Administración, la tendencia al aumento del número miembros componentes del mismo como consecuencia de la multiplicación del accionariado, junto con el crecimiento dimensional de la empresa y el proceso hacia la concentración y especialización del poder en el seno de la misma (37), han servido de motor para que el legislador italiano reconozca de manera expresa la posibilidad de que el Consejo pueda delegar sus facultades gestoras, disponiendo en el artículo 2.381 del *Codice* que «El Consejo de Administración, si el acto constitutivo o la asamblea lo consienten, puede delegar las propias atribuciones en un Comité ejecutivo compuesto de algunos de sus miembros, o a uno o varios de sus miembros, determinando los límites de la delegación».

La doctrina mayoritaria entiende que la delegación genérica no es inválida, sino que debe aceptarse como atribución de todas las facultades del Consejo legalmente delegables. La delegación del poder administrativo, empero, está sometida a una primera restricción consistente en que sólo pueden resultar destinatarios de la misma los miembros del Consejo; por otra parte, en razón de su importancia y función determinadora dentro de la actividad social, el propio artículo 2.381 prohíbe delegar la confección del balance de ejercicio, la cuenta de ganancias y pérdidas y la relación de los administradores sobre la marcha de la gestión social (art. 2.423); la facultad conferida al Consejo para aumentar en una o dos veces el capital mediante emisión de acciones ordinarias (art. 2.443), y la convocatoria de la asamblea cuando el capital haya disminuido en más de un tercio a consecuencia de pérdidas (art. 2.446), o cuando por la pérdida de más de un tercio del capital, éste se haya reducido por debajo del mínimo establecido en el artículo 2.327 (art. 2.447).

El nombramiento y revocación de los delegados corresponde de ordinario al Consejo de Administración, aunque se admite también sin obstáculos que excepcionalmente tales actos pueden ser realizados por la Junta General. No existe, en cambio, unanimidad en lo que respecta a si el acto constitutivo o la asamblea pueden imponer al órgano de administración la delegación de atribuciones, pues mientras Fa-

(35) BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, II (*Società per azioni*), Milano, 1948, p. 366.

(36) MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, pp. 182 y ss.

(37) GUGLIEMMETTI, *Delegabilità di poteri per il compimento di affari sociali nelle società per azioni*, en *Rivista delle società*, 1958, pp. 498 y ss.; PESCE, *Amministrazione...*, op. cit., p. 63.

nelli y Ferrara (38), por ejemplo, lo admiten, Guglielmetti y Pesce (39) rechazan tal responsabilidad, al menos por lo que respecta a la asamblea.

Pese a la redacción alternativa del artículo 2.381, no faltan autores que admiten la posibilidad de que coexista en una misma sociedad el Comité ejecutivo y uno o varios administradores delegados, y, en verdad, que la mera dicción literal no parece argumento bastante, tal como piensa Pesce, para excluir una dualidad o multiplicidad de los órganos delegados que no constituye ninguna desviación dogmática y que puede resultar conveniente y aun necesaria dado el crecimiento y volumen de los negocios sociales.

Mayoritariamente, la doctrina italiana rechaza la concepción tradicional de ver en los delegados simples mandatarios sustitutos, conceptuando a los Consejeros delegados y al Comité ejecutivo como auténticos órganos sociales de gestión, aunque no falte algún autor, como Brunetti, que estime que unos y otros no constituyen un nuevo órgano de la sociedad, sino tan sólo una emanación directa del Consejo de Administración, del que vienen a ser sus mandatarios (40).

En el supuesto de delegación de funciones, la responsabilidad por las actuaciones de los delegados, unipersonales o colegiados, corresponde a sus titulares, pero, en todo caso, los miembros del Consejo «son solidariamente responsables si no han vigilado la marcha general de la gestión, o si, estando en conocimiento de actos perjudiciales, no han hecho cuanto podían para impedir su realización o para eliminar o atenuar las consecuencias dañosas de los mismos» (art. 2.392). Se explica, en consecuencia, que la doctrina reconozca que incumbe al Consejo el derecho-deber de vigilar la actuación de los delegados y que, pese a la delegación, el Consejo conserva la competencia sobre las atribuciones transmitidas, por lo que puede en todo momento repetir o modificar los actos de aquéllos y proceder a su renovación.

Fuera del ámbito estricto de la delegación de funciones y conservando la tónica del Código anterior, el vigente contempla la existencia de directores generales en la sociedad anónima, a los que equipara a los administradores en cuanto al régimen de responsabilidad aplicable, ya que según su artículo 2.396, «las disposiciones que regulan la responsabilidad de los administradores se aplican también a los directores nombrados por la asamblea o por disposición del acto constitutivo, en relación a los cometidos confiados a ellos». Por el contrario, en cuanto a las facultades que se pueden conferir a los directores generales existe neta diferencia con las que se delegan en los administradores, que necesariamente han de ser miembros del Consejo, puesto que sólo a éstos cabe confiar el ejercicio de las típicas funciones de

(38) FANELLI, *La delega di potere amministrativo nella società per azioni*, Milano, 1952, pp. 37 y ss.; FERRARA, *Gli imprenditori e la società*, Milano, 1952, p. 437.

(39) GUGLIELMETTI, *Delegabilità...*, loc. cit., p. 514; PESCE, *Amministrazione...*, op. cit., pp. 72 y ss.

(40) BRUNETTI, *Trattato...*, II, op. cit., p. 370.

administración, mientras que el cometido de aquéllos no pueda pasar de lo que ya el Código de 1882 había denominado «parte ejecutiva de las operaciones sociales» (41).

El Código civil italiano de 1942 exige como órgano de la sociedad por acciones el que denomina *Collegio Sindicale*, circunstancia que a primera vista pudiera hacer pensar que, al igual que ocurre en Alemania, en Italia, dentro de la estructura administradora, coexisten dos mecanismos: el Consejo de Administración al que correspondería la gestión de los asuntos sociales y el Colegio de síndicos al que estaría atribuida la vigilancia del desarrollo de la actividad gestora. No ocurre así, en realidad, porque al Colegio de síndicos tan sólo le compete el mero control de legalidad de los actos de los administradores sin que pueda entrar a controlar, a diferencia de lo que ocurre con el *Aufsichtsrat* alemán y en menor medida con el *Conseil de Surveillance* francés, la oportunidad, conveniencia o necesidad de dichos actos, es decir, el suyo es, constata Graziani, un «control de legalidad y no de mérito» (42), aparte de que no corresponde al mismo la designación y remoción de los miembros del Consejo de Administración, función típica esta en los ordenamientos que contemplan un genuino organismo de vigilancia de la gestión social. En tal sentido, el artículo 2.403 del *Codice* establece: «El Colegio sindical debe controlar la administración de la sociedad, vigilar sobre la observancia de la ley y del acto constitutivo y determinar la manera regular de llevar la contabilidad social, la correspondencia del balance y de la cuenta de las ganancias y de las pérdidas a los resultados de los libros y de los documentos de contabilidad, y la observancia de las normas establecidas por el artículo 2.425 para la valoración del patrimonio social.

5. DERECHO ANGLOSAJON

En 1943 el Gobierno inglés nombró una Comisión presidida por Cohen con el encargo de estudiar los aspectos en que estaría necesitada de reforma la a la sazón vigente *Companies Act* de 1929. La Comisión, tras minucioso trabajo, elaboró un *Report* que, aceptado plenamente por el Gabinete, fue aprobado con ligeras modificaciones por el Parlamento y pasó a constituir la *Companies Act* de 1948, que ha estado en vigor hasta años recientes.

A tenor de la misma, la administración de la sociedad anónima está centrada en el *Board of directors*, que viene a ser el equivalente anglosajón del Consejo de Administración del Derecho continental, como órgano colegiado de gestión, compuesto por un número variable de miembros (a partir de dos), socios o no, y al que corresponde la adopción de todos los acuerdos que sean precisos para la consecución del objeto social.

(41) PESCE, *Amministrazione e delega...*, op. cit., pp. 76 y ss.

(42) GRAZIANI, *Diritto delle società*, Nápoles, 1963, pp. 392 y ss.

El funcionamiento de este órgano colectivo ha encontrado en Inglaterra los mismos obstáculos e inconvenientes que en los demás países mercantilmente desarrollados, por lo que no debe extrañar que los estatutos de las compañías contemplen la constitución de *permanent* o *governing directors* a los que se atribuye en exclusiva parte de los poderes administradores del *Board*, circunstancia que determina la estructuración de la organización administrativa a través de un doble mecanismo, similar, en esencia, al existente en los ordenamientos del sistema germánico (43).

En este mismo sentido se orienta la figura de los *managing directors*, también miembros del *Board*, a quienes éste delega el ejercicio de determinadas facultades de gestión con abandono de toda competencia concurrente sobre las mismas, aunque se reserva la posibilidad de vigilar el ejercicio de las atribuciones conferidas a los delegados. Igual que ocurre en los países continentales, junto al administrador delegado, el Derecho de sociedades inglés contempla la actuación de otras personas que sin desempeñar funciones de administración, por no ser miembros del *Board*, coadyuvan a la gestión social desde el ángulo de la ejecución o realización material de las decisiones: son los *executive* o *asissistant directors*, especie de apoderados de la sociedad, en base a diversas relaciones contractuales concluidas con ella, que colaboran en la administración social y que en sentido estricto no cabe considerar *directors* en base al artículo 455 de la *Companies Act*, aunque de hecho su selección frecuentemente se haga como paso previo y como medio de prueba para alcanzar el superior rango de miembro del *Board* (44).

En 1960, el Gobierno británico designó una Comisión con el encargo de elaborar un informe sobre los argumentos y razones que justificaban la reforma del Derecho de sociedades, encargo que fue cumplido mediante la presentación en 1962 de una relación que ordinariamente se conoce por el nombre del presidente de la Comisión, Lord Jenkins (45).

El contenido del informe fue sustancialmente acogido por la *Companies Act* de 1967 que, en lo referente a la administración, no ha introducido modificaciones sensibles en el régimen británico tradicional. En efecto, la sociedad anónima aparece centrada sobre los administradores, a los que pertenecen todos los poderes sociales, salvo aquéllos que la ley o los estatutos hayan reservado a la asamblea; el poder administrador se estructura en torno al *Board of directors*, que continúa siendo la pieza maestra de la sociedad anónima inglesa y conserva su riguroso carácter colegial, siendo variable el número de sus componentes y no exigiéndose la condición de accionista para formar parte de él.

(43) GOWE, *The principles of modern company law*, London, 1957, pp. 129 y ss.

(44) BUCKLEY, *On the Companies Acts*, London, 1957, p. 892; PALMER, *Company Law*, London, 1959, p. 542.

(45) PENNINGTON, *Riforma del diritto delle società in Gran Bretagna*, en *Rivista delle società*, enero-abril de 1967, pp. 269 y ss.

Recogiendo las sugerencias de la Comisión Jenkins, se ha dispuesto que la aprobación de los accionistas será necesaria para la variación total o parcial de la actividad social y para la emisión de acciones por los administradores, previsiones que tienen por objeto el evitar que sin la intervención de los titulares se cambien de manera fundamental la naturaleza de los negocios sociales o la distribución de las participaciones accionarias.

La Comisión Jenkins también había contemplado en su informe la conveniencia de que se ampliase el poder de supervisión y control de los administradores por parte de los accionistas, señalando que en el Derecho inglés no existe un mecanismo para la supervisión continua de los administradores integrado por representante de los accionistas, a la manera del *Aufsichtsrat* alemán, ni se ha atribuido a los síndicos funciones de vigilancia similares a las que incumben a los síndicos de las sociedades italianas, por lo que los accionistas ingleses ejercitan su poder de control *ex post facto*, mediante la no reelección de los administradores incompetentes o ejercitando la facultad de destituirlos de su cargo.

La doctrina reaccionó negativamente contra esta propuesta, advirtiendo que es principio fundamental del Derecho inglés el que los administradores deben ser dotados de plenos poderes para conducir la actividad de la sociedad en la forma que ellos juzguen mejor, y que ni los accionistas ni los órganos jurisdiccionales deben poder interferir a no ser que los administradores observen una conducta deshonesta, principio de notable valor en cuanto la experiencia demuestra que un Consejo de Administración no puede dirigir la sociedad si es continuamente llamado a rendir cuenta de todas las operaciones que realiza, aunque sean de escasa importancia (46). Bajo el influjo de estas argumentaciones, profundamente sentidas en el mundo empresarial y societario británico, la *Companies Act* de 1967 ha rechazado la instauración de un organismo permanente, que en representación de los accionistas supervise el desarrollo de la actividad de los administradores.

En la nueva ordenación legal se ha mantenido el anterior régimen de amplia libertad en lo que respecta al nombramiento por parte del *Board* de *managing* y *executive directors* y a la constitución en su seno de *committees of directors*, órgano este último que, al igual que ocurría en la normativa anterior, puede estar integrado por una sola persona.

Por lo que hace al Derecho norteamericano, el estudio de la sociedad anónima se dificulta de sobremanera al estar referido a una variada gama de leyes federales y estatales, que, en muchos aspectos, son irreductibles a un criterio unitario. Sin embargo, cabe afirmar que de manera general en la administración de la sociedad en Estados Unidos se ha llegado a cotas muy altas dentro del proceso mundial de separación entre propiedad y control de la empresa, hasta el punto de que, como advierte Berle, los directores de una sociedad, constituidos en

(46) *Ibid.*, pp. 275-276.

centro del poder, no tienen hoy como objetivo el máximo beneficio de los socios, sino que son de hecho y de derecho administradores de un organismo orientado hacia fines que interesan a toda la comunidad (47). No debe extrañar, pues, que, según afirma Ballantine, el *Board of directors* sea la suprema y originaria autoridad en materia de administración y esté dotado de los más amplios poderes para regir los intereses de la sociedad (48).

El proceso de la creciente independencia de los administradores y la consiguiente quiebra de la relación entre propiedad y poder en el seno de la sociedad anónima se fue desarrollando trabajosamente durante la segunda mitad del siglo pasado a través de hitos tan destacables como la pérdida por los accionistas del derecho de revocar *ad nutum* a los administradores y la regulación de la transmisión del derecho de voto, pero el pronunciamiento más trascendental al respecto vino dado por la sentencia *Hoyt versus Thompson's Executors* que declaró que las atribuciones del *Board of directors* son de manera sustancial originarias y, en consecuencia, éste se constituye en el centro del poder dentro de la sociedad y en fuente de delegación de facultades.

Todo lo referente a la administración de la sociedad norteamericana, aparte de la preceptiva necesaria contenida en las distintas leyes estatales, se encuentra de ordinario contemplado en los *charter* o escrituras de constitución y fundación y en los *by-laws* o documentos complementarios de los *charter*, que normalmente corresponde redactar a los Consejos de Administración. En opinión de Wiethölter, ambos instrumentos conforman el estatuto de la *corporation*, constituyendo momentos o estadios, diferentes pero complementarios y sucesivos, de un único acto fundacional (49); su diferencia más importante radica en que mientras los primeros requieren para su modificación la autorización del poder público, los segundos son libremente modificables por la sociedad.

El *Board of directors* constituye, como antes se indicaba, el órgano supremo de gestión y de representación de la sociedad; tiene carácter colegial y la elección de sus miembros corresponde al propio *Board* a través del sistema de delegación de voto o *proxy sistem*. Es frecuente que los estatutos contengan algunas limitaciones a ese poder administrador supremo, tales como la prohibición de que los administradores concierten obligaciones por encima de cierto monto o la de adquirir acciones de la sociedad por cuenta de ella (150).

Empero, igual que ocurre en los otros ordenamientos estudiados, en los Estados Unidos el cúmulo de atribuciones del *Board*, el número creciente de sus miembros y su necesaria actuación como órgano cole-

(47) BERLE, *Property, Production and Revolution*, en *Columbia Law Review*, 1965, p. 8.

(48) BALLANTINE, *On corporations*, Chicago, 1946, p. 119.

(49) WIETHÖLTER, *Interessen...*, *op. cit.*, p. 186.

(50) CHAMBOULIVE, *La direction des sociétés par actions aux Etats-Unis d'Amerique*, París, 1964, p. 95.

giado han determinado la delegación de buen número de facultades en aras de una gestión de los asuntos sociales más eficiente, rápida y tecnificada, delegación que suele estar prevista en los documentos fundacionales e incluso impuesta legalmente, como sucede en el *Corporations Code* de California, cuyo artículo 821 dispone el nombramiento obligatorio en toda compañía de un presidente, un vicepresidente y un secretario.

La admisión de la delegación de facultades tropezaba en Norteamérica con el obstáculo de que por el carácter fiduciario que se asignaba a los administradores, éstos tenían que desempeñar personalmente las atribuciones que les habían sido conferidas, de acuerdo al principio *delegatus delegare non potest*; el inconveniente fue removido por el fallo dictado en el caso *Hoyt versus Thompson's Executors*, que, en base a la razón pragmática de que en las modernas sociedades anónimas se exigen decisiones rápidas y altamente tecnificadas, marginó la aplicación de semejante principio al afirmar que los poderes del *Board* son originarios.

Allanado el obstáculo, la delegación de funciones se ha desarrollado en forma amplia y creciente porque la práctica demostraba que el Consejo de Administración resulta un mecanismo torpe y lento. La delegación se efectúa a favor de Comités ejecutivos y de *officers*, a los que se transfieren facultades que van desde la mera gestión ordinaria de la sociedad hasta la adopción de los más importante y trascendentales acuerdos para la marcha de la empresa.

En las diversas legislaciones estatales se observa las existencias de dos clases de Comités: el *finance committes* y el *executive committee*; el primero se ocupa de cuestiones técnicas y en particular de todo lo que implique movimiento de recursos financieros, el segundo atiende a la administración de la sociedad en general y particularmente a la programación de la política societaria. Ambos son organismos colegiados, integrados por miembros del *Board* cuyo nombramiento y revocación corresponde a éste.

Por lo que respecta a los *officers*, existe una amplia variedad de figuras en las que suelen variar los nombres, facultades conferidas, sistemas de designación y grado de participación en la gestión social; su número e importancia van en aumento, habiendo determinado la aparición de ese singular y mutador fenómeno que es el poder de los directores o ejecutivos, que se está configurando como vital y decisivo en la estructura y funcionamiento de la sociedad anónima contemporánea. Se les considera como agentes o mandatarios del *Board* bajo cuya inspección y dirección, más teórica que real, actúan, correspondiendo al mismo su designación y remoción, más aparente también que efectiva, pues de hecho tales ejecutivos suelen ser insustituibles o de muy difícil y peligrosa sustitución dado el grado de conocimiento y control que tienen de la empresa, por lo que, no obstante, su aparente carácter transitorio, en la práctica los altos directivos de las sociedades suelen permanecer indefinidamente al frente de sus puestos,

aunque no se exija en los mismos, salvo en el caso del presidente, la condición de miembro del *Board*. Son ellos el *president* o *chairmann*, los *vice-presidents*, el *secretary* y el *treasurer* (51).

En principio, la delegación es muy amplia sin que resulte fácil, dada la disparidad de regulaciones y de supuestos prácticos, señalar límites concretos a la extensión de la delegación de facultades que puede hacer el *Board*. No obstante, la doctrina suele coincidir en que este órgano no puede desprenderse de todos sus poderes administrativos, ni, en especial, de aquéllos en que se sustancia el supremo poder de gestión que le está encomendado, tales como el nombramiento, vigilancia y revocación de los *officers*, la determinación de la política general de la sociedad, los aumentos o disminuciones de capital, la distribución de los beneficios y, en general, la adopción de aquellas decisiones que se juzgan de importancia vital para la consecución del objeto social (52).

De todas maneras, en virtud del fenómeno de la delegación de atribuciones, no debe minimizarse el papel del *Board* como órgano de la administración social activa, sin que quepa relegarlo a un simple mecanismo de vigilancia en la estructura administradora de la sociedad anónima americana, pues, puntualiza Rodríguez Artigas, en la práctica, los *officers*, y especialmente los situados en las altas esferas de la administración, son, en la mayoría de las sociedades, miembros del *Board* e integran, precisamente, el grupo de administradores denominados *inside directors* que se contraponen a los *outside directors* o personas ajenas, de hecho, a la gestión social. «Esto implica —concluye dicho autor— que la gestión efectiva está en manos de un grupo compacto y en cierto modo homogéneo que desarrolla sus funciones tanto desde el *Board* como desde el Ejecutivo propiamente dicho, sin que pueda, por consiguiente, determinarse con claridad donde radica exactamente el poder dentro de la organización. De esta forma el problema de las relaciones entre el *Board* y los *officers* se simplifica en razón de la identidad de personas que facilita el ejercicio de las diversas funciones de la gestión». (53).

(51) SERENI, *La società per azioni negli Stati Uniti*, Milano, 1964, pp. 45 y ss.

(52) BALLANTINE, *On corporations*, op. cit., pp. 120 y ss.

(53) RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros Delegados...*, op. cit., p. 148.

VIDA JURIDICA

LA INSTITUCION DE HEREDERO BAJO CONDICION. DISCURSO DE INGRESO DEL PROFESOR DON MANUEL ALBALADEJO GARCIA EN LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION

Antonio PAU PEDRON

Registrador de la Propiedad

Académico electo desde el año 1975, el profesor don Manuel Albaladejo García recibió el día 2 de mayo de 1983, de manos del presidente de la Corporación, don Antonio Hernández-Gil, la medalla treinta y ocho de Académico de número, que ya ostentaron, antes de él, otros ilustres juristas: don Jesús Marañón y Ruiz-Zorrilla y don Santiago Basanta y Silva.

El profesor Albaladejo —recordaría don José Beltrán de Heredia en su discurso de contestación— llega a la Academia tras brillantes resultados docentes e investigadores. Discípulo de Ossorio y Morales y del insigne civilista italiano Antonio Cicu, catedrático numerario desde 1953, autor de importantes monografías, diversos tratados de su especialidad —entre ellos, el «Derecho Civil», en cinco tomos, algunos ya en novena edición— y de más de ochenta artículos de revista, el profesor Albaladejo destaca «como estudioso agudo e infatigable, espléndido escritor y expositor, capaz de enfrentarse con los problemas más complicados, para resolverlos con ingenio, haciéndolos asequibles a todos».

El discurso del nuevo Académico versó sobre «la institución de heredero bajo condición». Antes de entrar en su exposición oral —que redujo, por razón de tiempo, a la condición de no contraer matrimonio— el profesor Albaladejo dedicó un afectuoso recuerdo a don Santiago Basanta y Silva —cuya vacante fue llamado a ocupar—, esbozando su biografía, su actividad jurídica y política y su fecunda actividad académica, desarrolladas —dijo con expresivas palabras— «hasta que el Señor le llamó a vivir una vida mil veces más real que esta nuestra en la que nos dejó el recuerdo de su ejemplaridad».

El profesor Albaladejo divide el desarrollo del tema en tres partes: 1. La condición en la institución. 2. Tiempo de su cumplimiento. 3. Medidas de garantía, pendiente la condición. Los propósitos del autor quedan claros en uno de los primeros párrafos: «sólo exponer nuestro Derecho vigente e ilustrarlo y esclarecerlo si está oscuro o deja dudas, pero no explicar sus razones o buscar sus antecedentes». Esta advertencia inicial no se sigue luego con toda fidelidad: algunas puntualizaciones históricas —breves y precisas— iluminan la exposición del Derecho vigente.

El artículo 793 del Código civil contiene una doble regla: la prohibición de poner al instituido la condición absoluta de no casarse (con la excepción de que tal condición se imponga al viudo por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de éste) y la admisión de ciertos legados por el tiempo que se permanezca soltero o viudo. El autor analiza exhaustivamente cien años de jurisprudencia sobre este artículo: los que median entre la Sentencia de 20 de enero de 1866 y la de 21 de octubre de 1967; como conclusión, advierte que el Tribunal Supremo ha considerado inadmisibles la condición de *casarse con persona de determinada familia* (luego más inadmisibles las de hacerlo con determinada persona), y, por el contrario, admisibles las de *no casarse con determinada persona salvo que impida regularizar unas previas relaciones ilícitas*, la de *simplemente casarse, sin obligar a hacerlo con nadie en particular*, y la de que, *de casarse (a lo que no se obliga), la boda sea con la aprobación de ciertas personas*.

El profesor Albaladejo contrapone a continuación el criterio tradicionalmente sostenido por la doctrina acerca de la validez de las condiciones relativas al matrimonio —según el cual tales condiciones tienen su regulación íntegra en el artículo 793, de modo que queda prohibida exclusivamente la absoluta de no contraer matrimonio, y permitidas por tanto las demás—, y su propia opinión sobre la materia: que el artículo 793 no contiene la regulación relativa a la admisibilidad o no de las condiciones sobre matrimonio en materia testamentaria, sino que es sólo una especificación sobre el tema, la de que, en principio, no se admite la condición absoluta de no casarse. Especificación que deja intocada la materia en lo demás, que deberá examinarse *a la luz* del artículo 792, con «un juicio en particular sobre su ilegalidad o no, inmoralidad o no, juicio en el que hay que sopesar todos los datos concurrentes», *a la luz* de la conciencia social del momento.

El matrimonio a que se refiere el artículo 793 —el matrimonio prohibido— puede ser incluso uno carente de efectos civiles. *Podría parecer que siendo la ley civil la que regula el tema de la condición en cuestión, considerase irrelevante, a sus efectos, la unión que desde su punto de vista careciese de eficacia matrimonial. Sin embargo —añade el autor— creo que, al menos en principio, hay que entender que como la ley lo que desea es dar fuerza a lo querido por el causante en orden a excluir de su herencia a quien viudo pase otra unión, para que no sea heredero bastará que contraiga cualquier clase de matrimonio, con efectos civiles o carentes de ellos...*

En cuanto a los parientes que pueden imponer al viudo la condición de no casarse, afirma el profesor Albaladejo que dentro de los ascendientes o descendientes creo que están tanto los matrimoniales como los no matrimoniales, que también están los adoptivos y que basta que el descendiente o ascendiente lo sea del difunto, sin tener que ser común de él y del viudo, pero cabiendo que lo sea.

Estrechamente emparentada con el problema, antes indicado, de si las condiciones relativas al matrimonio alcanzan a cualquier matrimonio aun sin efectos civiles, está la cuestión de si la condición de no contraerlo alcanza también a la de no mantener relaciones sexuales extramatrimoniales.

En principio, no parece que quepa sostener la equiparación. *No puede presumirse que la voluntad de quien pone la condición de casarse sea referirse tanto al matrimonio como a la unión de hecho.* Por el contrario, hay que entender que la unión de hecho no queda englobada en la condición impuesta. En todo caso, se trata de interpretar la voluntad del causante. A la falta de declaración, el profesor Albaladejo adopta una prudente solución casuística: *no toda unión sexual fuera de matrimonio, incluso la más fugaz, tiene que recibir necesariamente el mismo tratamiento.*

Con gran profundidad y agudeza analiza el profesor Albaladejo el legado por el tiempo que el legatario se conserve soltero o viudo. Destaca —con argumentos gramaticales y lógicos— su carácter excepcional respecto de la regla contenida en el párrafo primero del artículo 793, examina las normas concordantes del Derecho comparado (art. 636 del C. c. italiano y 2.233, 3 del C. c. portugués). Y destaca el paralelismo de la norma que lo regula con la legislación de clases pasivas, que en algunas de sus disposiciones otorga pensiones mientras la persona con derecho a recibirlas se mantiene soltera o viuda. *Quizá se ha considerado que habiendo leyes que hacen depender una pensión del hecho de no casarse el receptor, chocaría con el principio en que ellas se inspiran, el no permitir que un particular, testando, pudiese disponer asimismo el disfrute de ciertos derechos por determinadas personas mientras no se casen.*

El autor comparte, aunque con matizaciones, la crítica que los comentaristas (Manresa, Mucius...) hicieron a el párrafo 2.º del artículo 793: el legado por el tiempo que el legatario se conserve soltero o viudo puede burlar la prohibición de no casarse. Por lo demás, el profesor Albaladejo no reconoce a este legado una validez general: es posible estimar la condición como inmoral cuando, atendidas las circunstancias concurrentes, pueda calificarse como tal; la admisión del artículo 793, párrafo 2.º no es absoluta. *Procederá su admisión o no —insiste, reiterando su criterio que antes hemos expuesto— según que, a tenor del artículo 792, deba juzgarse como de moral o de inmoral el conjunto de la hipótesis de que se trate.*

Del artículo 973, 2, se deriva además, según Albaladejo, un límite natural al legado: lo que se lega no puede exceder de lo adecuado para las atenciones que precisa cubrir con ello el legatario favorecido. Si el legado es de *exagerado montante* queda fuera de la órbita del párrafo 2.º y cae dentro del ámbito del párrafo 1.º. es decir, se trataría de una condición de no casarse puesta por extraños y habría que tenerla por no puesta. *La condición de conservarse soltero o viudo, cuando el legado no cae dentro del párrafo 2.º, es simplemente un caso del 1.º, pero con la condición formulada como de seguir soltero o viudo, en vez de como de no casarse.*

Lo que puede legarse para tal caso es cualquier tipo de rendimientos o utilidades derivados del caudal relicto, siendo indiferente su carácter real o personal. Lo único que se excluye son los bienes que hubiesen de pasar de forma definitiva a poder del legatario.

El autor entra a continuación en el estudio de la condición captatoria. Indica el origen romano de su regulación, apunta la razón de su inadmisibilidad —incidir en la libertad testamentaria—, niega el carácter de captato-

ria de la condición consistente en que el instituido haya hecho la disposición pretendida, y de la consistente en que el instituido la haga desconociendo la condición, y perfila su verdadera naturaleza: *la captatoria es una condición ilícita contempla específicamente en el artículo 794, con régimen de nulidad de la disposición, en vez del normal de tener por no puesta la condición.* Dos problemas se analizan con especial profundidad: las condiciones dudosamente captatorias y la discutida validez de la disposición captada.

Junto a las condiciones captatorias literalmente comprendidas en el artículo 793 existen otras incluidas en su espíritu, y otras ajenas al precepto pero que, por perseguir una influencia en la voluntad del instituido, han de ser enjuiciadas en su legalidad y moralidad a la luz del artículo 792. Una importante diferencia derivará del sometimiento de la condición captatoria a uno u otro precepto: si es contraria al 792 se tendrá, simplemente, por no puesta, y la disposición valdrá como pura. Albaladejo no considera que exista en nuestro Ordenamiento una regla general de ininfluibilidad. *Hay que partir de la idea —afirma— de que se puede influir o pretender influir en la voluntad testamentaria de otro, incluso a través de condicionar al hecho de que realice ciertas disposiciones, la institución que el influyente otorgue a su favor.* Por tanto, el artículo 794 no es más que una excepción a la regla general de la influibilidad: todas las condiciones captatorias no afectadas por la letra o el espíritu del citado precepto (ni rechazadas por la norma general del 792) han de estimarse admisibles.

En el análisis casuístico de las condiciones dudosamente captatorias, el autor examina, entre otras, la condición de que el instituido haga alguna donación a favor del testador o de otra persona —considerándola ajena a la letra y el espíritu del artículo 794, sin perjuicio de que pueda determinarse su ilicitud con arreglo al 792—; la condición de que el instituido otorgue nombramiento testamentario, aunque no de sucesor, pero sí beneficioso en otro concepto, a favor del disponente o de otra persona (designación de albacea retribuido) —considerándola sujeta al artículo 794—; la condición de no modificar la disposición testamentaria ya otorgada —considerándola ajena al artículo 794, pero enjuiciable a la luz del 792—...

Tras enunciar los argumentos con que puede defenderse tanto la validez como la invalidez de la disposición captada, el profesor Albaladejo se inclina por la validez. Pero ello no impide, añade a continuación, que la disposición captada *no odolezca de algún vicio que generado, aunque sea mediatamente, por la captatoria, produzca su invalidez según las reglas generales.*

Al comenzar el estudio del cumplimiento de la condición, el autor deslinda diversos conceptos afines: *... además del cumplimiento real, está el llamado ficticio o legal, que se da cuando no aconteciendo el verdadero, sin embargo, la ley de la condición por cumplida, como si lo hubiese sido efectivamente.* Pero hay que diferenciar el cumplimiento ficticio —traslado al ámbito testamentario del artículo 1.119 del C. c.— del cumplimiento interpretativo, es decir, el que, no establecido explícitamente por el testador estaba indudablemente en su propósito. *¿En qué casos admite el C. c. el cumplimiento ficticio? Brevemente se puede decir que en un único caso admite nuestra ley el*

cumplimiento ficticio de la condición: cuando el interesado en que se incumpla impide a propósito el cumplimiento real, mediante una conducta contraria a la buena fe, conducta que es la causa exclusiva del incumplimiento. La diferencia entre cumplimiento interpretativo y cumplimiento ficticio se expone con claridad: el primero es un cumplimiento fundado en la propia voluntad del testador; el segundo es un cumplimiento, tiene su base en la disposición legal.

Tras el examen de la materia, menos problemática, del tiempo del cumplimiento de la condición, el autor pasa a estudiar las medidas establecidas por el legislador para la fase de pendencia: caución muciana y administración de la herencia condicional. Respecto de la primera plantea la cuestión de si la medida de garantía del artículo 800 se aplica tanto para el aseguramiento de las expectativas de quienes si no se cumple la condición suspensiva resultarían llamados a la herencia, como al aseguramiento de las de quienes en caso de que el heredero instituido lo haya sido bajo condición resolutoria, recibirían la herencia si la condición se cumpliera. Respecto de la administración de la herencia condicional, el profesor Albaladejo analiza con profundidad y sutileza las personas llamadas a desempeñarla por los artículos 802 y 803; pero estos dos preceptos plantean dos interrogantes de interés: ¿no ha de prestar fianza el heredero incondicional con derecho de acrecer, como parece desprenderse del silencio del artículo 802? ¿la intervención del heredero en la prestación de fianza sólo tiene lugar cuando es administrador la tercera persona nombrada por los Tribunales, como indica el inciso final del artículo 803?

Hemos esbozado superficialmente algunos de los múltiples temas tratados por el profesor Albaladejo en su denso —y a veces difícil, por la propia complejidad de la materia— discurso de ingreso en la Academia. En realidad, más que una pieza del efímero género de la oratoria, este discurso es una completa monografía, que exige, además de la grata audiencia del día de la recepción pública del nuevo Académico, una lectura serena y un lugar preferente en la biblioteca, para acudir a ella y resolver, en futuras consultas, los múltiples problemas prácticos que don Manuel Albaladejo ha tenido la agudeza de prever.

Información Legislativa (*)

A cargo de PEDRO DE ELIZALDE Y DE AYMERICH

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

1. NACIONALIDAD. Resolución de diversas cuestiones planteadas por la Ley 51/1982, de 13 de julio, de modificación de los artículos 17 a 26 del Código Civil.

Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 mayo 1983 («B. O. E.» del 20).

A) Exposición.

1) Nacionalidad de los hijos de madre española: Los hijos de madre española nacidos antes de la entrada en vigor de la Ley 51/1982 sólo serán españoles si les corresponde tal condición según la legislación anterior. Tales hijos podrán optar por la nacionalidad española si en el momento de entrar en vigor la nueva Ley estuvieron sometidos a la patria potestad de la madre.

2) Adquisición de la nacionalidad española por residencia: Tanto en los casos de residencia durante diez años como en los de residencia abreviada, de dos o un año, es precisa la decisión del Ministro de Justicia y puede ser denegada por motivos de orden público o interés nacional.

Los sefardíes, para beneficiarse del plazo reducido, habrán de acreditar su pertenencia a la comunidad cultural sefardita.

3) Pérdida de la nacionalidad española: Para que no se produzca respecto a los emigrantes que adquieran voluntariamente una nacionalidad extranjera, será preciso que presenten la justificación con la diligencia debida ante el Registro civil español, no siendo inscribible la simple declaración de voluntad del interesado.

La pérdida de nacionalidad española para quienes ostentan desde su minoría otra nacionalidad se inscribirá mediante documento auténtico o expediente de los que resulte la renuncia expresa a aquélla.

(*) Se refiere a las disposiciones publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» durante el segundo trimestre de 1983.

4) Recuperación de la nacionalidad española: No es inscribible, sin justificar los otros requisitos necesarios, la simple declaración de querer recuperar la nacionalidad.

B) Observaciones.

La exposición que antecede de la parte dispositiva de la Instrucción debe ser completada con una referencia a su parte expositiva, muy extensa y detallada, susceptible, además de alguna crítica.

1. El primer tema abordado, la nacionalidad de los hijos de madre española plantea el más general de determinar la eficacia de la Ley 51/1982 y especialmente su retroactividad.

La Dirección General se muestra, en este punto, tajante, la citada Ley «no puede tener efecto retroactivo»; en consecuencia, a los nacidos antes de su entrada en vigor se aplica el antiguo artículo 17 del Código, sin perjuicio de que puedan optar por la nacionalidad española con arreglo a la nueva Ley si durante su vigencia se cumplen los requisitos que exige. Es importante señalar la falta de toda referencia a la Constitución, pues precisamente en consideración a ella es como puede fundarse la pretensión de la aplicación retroactiva de la nueva Ley.

El tema se reduce a determinar si el nuevo régimen plasmado en el artículo 17, núm. 1, del Código civil venía impuesto por el necesario respeto al principio de igualdad (art. 14 de la Constitución), en el sentido de eliminar toda diferencia de trato injustificada entre los hijos de padre español y los de madre española. Debe recordarse especialmente que la caracterización como español de origen tiene importantes consecuencias en el régimen de la nacionalidad.

Si se entiende que la Constitución imponía criterios opuestos a los recogidos en los dos primeros números del artículo 17 antiguo del Código, debe concluirse en la derogación de éstos desde la entrada en vigor de la Ley fundamental, quedando sustituidos, en virtud de la misma, por un precepto similar al hoy vigente (disposición derogatoria 3 de la Constitución).

Sólo de forma impropia se hablará entonces de retroactividad de la nueva Ley, pero sería claro que, desde la entrada en vigor de la Constitución (29 diciembre 1978) los nacidos de madre española son españoles de origen.

Contra esta especie de retroactividad no ofrece argumentos de peso la Resolución de 20 de abril 1978, referida a la Ley de 16 de julio 1954, no conectada con principios constitucionales, pues la nacionalidad española de origen no supone detrimento alguno para la extranjera que pueda corresponder, sino que dará lugar, en su caso, a situaciones de doble nacionalidad refleja, muy frecuentes, por otra parte, en el nuevo régimen legal.

2. La adquisición por residencia recibe la calificación expresa de «concesión de nacionalidad», criterio adecuado que sirve para resolver varias de las ambigüedades existentes en la nueva Ley.

En cuanto a los sefardíes y los medios utilizables para acreditar su condición, la Instrucción indica los datos relevantes a tales efectos: apellidos, idioma, certificación de la comunidad israelita, listas de familias sefardíes protegidas, resolviendo en lo posible las dificultades que plantea la aplicación de la Ley.

3. Parecidas indicaciones deben hacerse sobre los criterios de la Instrucción para concretar las referencias legales a la emigración. No obstante, la importancia de las cuestiones tratadas y su incidencia en los procedimientos de conservación o pérdida de nacionalidad hacen evidente la necesidad de proceder sin demora a una adaptación de la Ley y Reglamento del Registro Civil a la nueva regulación.

4. Finalmente, en relación con la recuperación de la nacionalidad, conviene indicar el único caso en que la Ley vigente parece dar virtualidad suficiente para realizarla a la declaración del interesado; tal es el previsto en la disposición transitoria de la Ley 51/1982. Para quienes perdieron la nacionalidad española por razón de emigración, la Ley habilita un procedimiento de recuperación, exigiendo sólo el cumplimiento de dos requisitos: Declaración ante el encargado del Registro e inscripción registral.

2. Derecho de obligaciones

2. CONTRATOS DE COMPRAVENTA Y ARRENDAMIENTO DE VIVIENDAS Y LOCALES. Medidas para la protección de la seguridad ciudadana.

Orden de 25 abril 1983 («B.O.E.» del 2 de mayo).

A) Exposición:

1) Obligación de información: Todas las personas que vendan o arrienden viviendas o locales tendrán obligación de facilitar a la policía sus datos y los del comprador o arrendatario.

2) Cumplimiento de tal obligación: Deberá hacerse en el plazo de cuatro días desde la perfección del contrato, rellenando la ficha normalizada que se edite y ante el órgano policial de la localidad en que esté el inmueble.

3) Utilización de la información: Sólo podrá hacerse para la prevención de delitos.

4) Consecuencias del incumplimiento: Tendrá la consideración de acto que altera la seguridad pública.

5) Entrada en vigor de esta disposición: Se producirá el día 1 de junio de 1983, aunque el régimen sancionador ha sido dejado en suspenso por la Orden de 28 de mayo («B. O. E.» del 31).

B) Observaciones.

La obligación indicada fue establecida por el Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero (art. 8), quedando pendiente su efectividad de que el Ministerio del Interior determinase su forma de cumplimiento, que es lo que hace la presente Orden. No cabe dudar, pues, de la cobertura legal suficiente de las prestaciones a que se refiere esta disposición.

También el Decreto-Ley indicó el régimen sancionador aplicable, concretamente el de la Ley de Orden Público, de 30 de julio 1959, aspecto más susceptible de crítica de esta regulación por dejar indeterminada la tipificación de la infracción y la cuantía de la sanción. La suspensión de su aplicación se funda en la falta de infraestructura técnica para lograr la efectividad de la norma. De este modo, la obligación de comunicar los datos que se refiere la Orden queda desprovista de sanción, subsistiendo con mera colaboración para la seguridad ciudadana.

3. Derechos reales

3. «RUMASA, S. A.». Expropiación por razones de utilidad pública e interés social, de los Bancos y otras Sociedades que componen el Grupo.

Ley 7/1983, de 29 de junio («B.O.E.» del 30).

Esta Ley resulta de la tramitación parlamentaria, como Proyecto de Ley del Real Decreto-Ley 2/1983, de 23 de febrero, que fue reseñado, en su día en este Anuario (XXXVI-II, disposición núm. 8 de la Información Legislativa).

La nueva Ley contiene algunas innovaciones respecto del anterior Real Decreto-Ley, realizando una regulación más completa de los numerosos problemas planteados por la operación expropiatoria. Merecen destacarse los siguientes:

1) Mención expresa de la causa que motiva la expropiación, al señalar el artículo 1: «Con objeto de garantizar la estabilidad del sistema financiero y los intereses legítimos de depositantes, trabajadores y terceros, se declara la expropiación forzosa...» tales causas sólo se citaban antes en el Preámbulo, no en el texto de la disposición.

2) Calificación expresa de la operación como «expropiación legislativa» (art. 3).

3) Regulación detallada de las «Comunidades de socios» en las que se integran los accionistas expropiados. Al efecto se determina su organización y las competencias de los órganos. Los socios que no deseen formar parte de la Comunidad podrán excluirse de ella y actuar individualmente en la forma prevista por la Ley.

4) En la regulación del procedimiento expropiatorio se atiende especialmente a los criterios de valoración de las acciones expropiadas, disponiéndose la aplicación de técnicas de consolidación para realizar los balances.

5) Es importante la previsión de la enajenación de todas o parte de las acciones de las sociedades a que la Ley se refiere.

El procedimiento utilizable será el concurso público recogido en la Ley de Contratos del Estado, salvo que se autorice la venta directa. En todo caso, se respetará el interés social que motiva la expropiación y no habrá lugar al derecho de reversión (art. 5).

6) Se otorga exención tributaria a los actos precisos para el saneamiento de las sociedades cuyas acciones se expropián y sus filiales.

La Ley, claro está, sustituye al anterior Real Decreto-Ley que, debe recordarse, ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

II. DERECHO REGISTRAL

4. AERONAVES PRIVADAS. Se regula el registro y uso de las aeronaves de estructura ultraligera y el registro de aeronaves privadas no mercantiles.

Orden de 7 de abril de 1983 («B.O.E.» del 9).

La presente Orden se dicta en desarrollo del Real Decreto 2.876/1982, de 15 de octubre (reseñado en este Anuario, XXXVI-I, disposición núm. 8 de la Información legislativa) y ejercitándose la autorización contenida en el mismo.

La regulación establecida es muy minuciosa, refiriéndose a los siguientes aspectos:

1. Ultraligeros motorizados. Se procede a definirlos, clasificarlos y fijar los requisitos y condiciones de utilización, entre ellas la expedición de las licencias administrativas que habilitan para tripularlos (arts. 2 a 6).

2. Inscripción en el Registro de Matrícula de Aeronaves de los ultraligeros y demás aeronaves no destinadas a fines mercantiles o industriales. Se regulan los aspectos administrativos de cuantas operaciones afectan a estos aparatos (arts. 7 a 15).

3. Alas de vuelo libre. La reglamentación afecta a su utilización y actuaciones administrativas (arts. 16 a 20).

Los ultraligeros motorizados y alas de vuelo libre existentes actualmente en España deberán ver regularizada su situación en un plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor de esta Orden.

III. DERECHO MERCANTIL

5. COOPERATIVAS DE CATALUÑA. Se establece su régimen.

Ley de la Generalidad de Cataluña de 9 de marzo de 1983 («B.O.E.» del 27 de abril).

A) Exposición:

1) Concepto: Sociedad Cooperativa es la asociación de personas que se propongan mejorar la situación económica y social de sus componentes y del entorno social en que se mueven, ejercitando una empresa de base colectiva en la que el servicio mutuo y la colaboración pecuniaria de sus miembros permitan mejorar las relaciones humanas y situar los intereses colectivos por encima del beneficio particular.

2) Caracteres: Las cooperativas se regirán por los principios de plena autonomía, libertad de adhesión, igualdad entre los socios y promoción del desarrollo de cooperativas.

3) Aplicación de esta Ley: Las Cooperativas, Uniones y Federaciones se rigen por esta Ley cuando deban realizar principalmente en Cataluña sus actividades económicas y sociales. La Ley entró en vigor a los 30 días de su publicación en el «Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña».

4) Denominación: Las Cooperativas regidas por esta Ley incluirán en su denominación los términos «Sociedad Cooperativas Catalana» o sus abreviatura «S. Coop. C», y el régimen de responsabilidad de sus socios.

5) Constitución de las Cooperativas: La Cooperativa adquirirá personalidad jurídica desde que se inscriba la escritura del Acta de constitución en el Registro de Cooperativas. La Asamblea constituyente otorgará el acta y aprobará los Estatutos.

Se regula el Registro de Cooperativas, así como las inscripciones a prácticas en el mismo y su eficacia. Supletoriamente se aplicará la legislación vigente.

Podrán ser socios tanto las personas naturales como las jurídicas, pero en las Cooperativas de segundo y ulterior grado sólo podrán serlo las Cooperativas. El número mínimo de socios será de cinco y tres Cooperativas en las de segundo y ulterior grado.

Los Estatutos podrán establecer las condiciones objetivas exigibles a los socios para ser admitidos en las Cooperativas, pudiendo admitirse socios de trabajo.

La Ley detalla los derechos (participar, elegir, información...) y obligaciones (desembolsos, asistencias, secreto) de los socios.

Se contempla también la figura del socio excedente.

6) Organización de las Cooperativas: La dirección, administración y control interno de las Cooperativas corresponde a la Asamblea General, el Consejo Rector y los interventores de cuentas.

La Asamblea General expresa la voluntad social y su acuerdo es necesario, entre otros supuestos, para nombrar al Consejo Rector, censurar la gestión social, modificar los estatutos, ceder la Empresa o crear Cooperativas de segundo y ulterior grado.

Las Asambleas podrán ser ordinarias o extraordinarias y para su válida constitución será precisa la concurrencia, en primera convocatoria, de más de la mitad de los socios o, en segunda convocatoria, cualquiera que sea

el número de socios asistentes. Los acuerdos se adoptarán por mayoría simple de socios presentes, salvo que se exijan mayorías reforzadas. En las Cooperativas de primer grado cada socio tendrá un voto.

Los acuerdos sociales podrán ser impugnados con arreglo a la legislación vigente.

El Consejo Rector es el órgano de representación y gobierno de cada Cooperativa. Su composición se regulará por los estatutos, no pudiendo tener menos de tres miembros ni más de quince, que serán elegidos por la Asamblea entre los socios.

Las facultades del Consejo podrán delegarse en uno de sus miembros o en una comisión delegada; se exceptúan las funciones más importantes o generales del Consejo.

El Presidente de la Cooperativa ostenta de forma general la representación de ella y preside sus órganos, pudiéndose instituir una gerencia o dirección permanente para la gestión de los negocios.

Los Consejeros responderán solidariamente ante la Cooperativa y los socios por los perjuicios causados con mala fe, abuso de facultades o negligencia.

Los interventores de Cuentas serán elegidos por la Asamblea entre sus socios, en número de uno a tres y por un período superior a un año. De la Asamblea para su aprobación.

berán informar sobre la Memoria, balance y cuentas que deben someterse a

7) Régimen económico de las Cooperativas: El Capital social de las Cooperativas se nutre de las aportaciones de los socios que podrán ser obligatorias o voluntarias y ser actualizadas.

Las aportaciones sólo podrán transmitirse entre socios o por sucesión «mortis causa» y deberán reembolsarse en caso de baja del socio.

Además puede establecerse cuotas y utilizarse otros medios de financiación que disponga la Asamblea.

La responsabilidad del socio por deudas sociales se limita a las aportaciones suscritas, salvo disposición contraria de los estatutos.

En cada ejercicio económico, coincidente con el año natural, se confeccionarán: inventario, balance, cuenta de resultados y memoria, ajustados a los criterios que fija la Ley.

Deberán constituirse los Fondos de Reserva Obligatorio y de Educación y Promoción, así como llevarse los libros que determina la Ley.

8) Modificación y disolución de Cooperativas: La modificación de los estatutos deberá adaptarse por mayoría de dos tercios de los socios reunidos en Asamblea.

Las operaciones de fusión y escisión se regulan especialmente, garantizándose los derechos de los socios y de los acreedores.

Se determinan las causas de disolución y se regula también el procedimiento de liquidación (socios liquidadores, adjudicación del haber social, balance final).

9) Clases de Cooperativas: Las Cooperativas podrán realizar cualquier actividad económico-social lícita, pero la Ley regula específicamente las cooperativas de primer grado que se indican a continuación:

a) Cooperativas de consumidores: Tiene por objeto la entrega de bienes o prestaciones de servicios para consumo directo de los socios y sus familiares. Se exige un número mínimo de socios. Las entregas de bienes o servicios a las Cooperativas no tienen la condición de ventas según la Ley.

b) Cooperativas de Trabajo asociado: Asocián a personas que se proponen ejercer, con su trabajo una actividad para terceros. Se admite una participación de trabajadores contratados y períodos de prueba para la admisión de socios.

c) Cooperativas de vivienda: Persiguen procurar a sus socios viviendas, servicios, o edificaciones complementarias y regular su uso.

Se dictan reglas sobre el fondo de reserva a constituir y la división de fases o bloques en la construcción.

La Cooperativa tendrá derechos de tanteo y retracto en caso de transmisión de los derechos del socio o sobre la vivienda.

d) Cooperativas de servicios: Tienen por objeto la prestación de servicios ajustándose la denominación a sus fines. Los estatutos regularán especialmente los fondos de reserva y de educación y promoción cooperativa.

e) Cooperativas agrarias: Se integran por agricultores y ganaderos para realizar actividades relacionadas con las explotaciones agrarias.

Reciben un tratamiento especial las operaciones que realicen los terceros y los casos de explotación comunitaria de la tierra, que reciben la aplicación de normas propias de las cooperativas de trabajo asociado.

f) Cooperativas de crédito. Tienen por objeto facilitar financiación y potenciar el ahorro de sus socios, pudiendo realizar los servicios de banca necesarios y colocarse al amparo de un Colegio Profesional. Podrán establecer para los socios que sean, a su vez, cooperativas, voto plural. Se ajustarán a las reglas que dicte la autoridad económica.

g) Cajas Rurales: Son Cooperativas de crédito especiales por estar integradas por entidades colectivas agrarias y referir sus actividades sólo al medio rural.

h) Cooperativas de seguros: Su objeto es ejercitar la actividad aseguradora, con respeto de los requisitos establecidos para ello.

i) Cooperativas de enseñanza y escolares. Tienen ambas fines docentes y de formación. Para las segundas se prevé un régimen especial de representación.

j) Cooperativas de artesanos: Se rigen por las normas de las de trabajo asociado o servicios, que siempre han de relacionarse con la artesanía.

k) Cooperativas mixtas: Cada actividad deberá respetar los requisitos exigidos para las entidades correspondientes.

10) Federaciones de Cooperativas: Las cooperativas podrán constituir Federaciones y establecer acuerdos y asociaciones de carácter temporal, gozando de las prerrogativas que concede esta Ley.

El máximo órgano de representación de las Cooperativas será la Confederación de Cooperativas de Cataluña, dotada de personalidad jurídica y plena capacidad de obrar.

11) Régimen administrativo: La Ley regula varios aspectos:

a) Conciliación ante el Consejo Superior de la Cooperación, potestativa, en las cuestiones surgidas entre socios y cooperativas y federaciones.

b) Inspección de las Cooperativas, infracción de la normativa vigente y sanción, que puede llegar a la descalificación de la entidad.

c) Consejo Superior de la Cooperación, órgano paritario encargado de informar, fomentar y proponer todo tipo de medidas relativas al régimen cooperativo. Podrá tener la condición de corporación de derecho público con personalidad jurídica independiente.

12) Promoción Cooperativa: Las medidas de fomento de las Cooperativas, que se contemplan, son variadas y se refieren, tanto a la enseñanza como a la participación en órganos administrativos, medidas financieras y creación de entidades especiales.

Se realiza una calificación especial de las operaciones que llevan a cabo las Cooperativas; las entregas de bienes o prestaciones de servicios a sus socios no tendrán la consideración de ventas o las actividades cooperativas internas se considerarán operaciones de transformación primaria. Estas reglas, de importantes consecuencias fiscales, sólo afectan a los tributos de la Generalidad.

13) Aplicación de la Ley a Cooperativas ya existentes: Esta Ley entró en vigor a los treinta días de su aplicación en el «Diario Oficial de la Generalidad», siendo aplicable a todas las Cooperativas domiciliadas en Cataluña. Los Estatutos de las preexistentes deberán adaptarse a la Ley en el plazo de dos años.

B) Observaciones.

La regulación de las Cooperativas en Cataluña tiene antecedentes en el período de vigencia del Estatuto de Autonomía de 1932 y esta tradición, ligada a la importancia de este régimen societario en la región, se plasma en la Ley reseñada, de contenido complejo y notable extensión (125 artículos).

Como señala la Exposición de Motivos la competencia de la Generalidad para dictar esta Ley se funda en el artículo 9, núm. 21, del Estatuto de Autonomía, de 18 de diciembre 1979, que establece: «La Generalidad de Cataluña tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... 21. cooperativas, pósitos y Mutualismo no integrado en el sistema de la Seguridad Social, respetando la legislación mercantil». Esta última salvedad tiene especial relevancia, ya que el ámbito mercantil está vedado a la potestad legis-

lativa de las Comunidades Autónomas; en efecto, según la Constitución, el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación mercantil (art. 149, p. 1, núm. 6).

Por consiguiente, la potestad legislativa de la Generalidad en relación con las Cooperativas sólo puede extenderse a sus aspectos no mercantiles, pues el régimen especial que merezcan en Derecho mercantil debe establecerse exclusivamente por el Estado. La cuestión se traslada así, a determinar qué debe entenderse por Derecho mercantil y, concretamente, por régimen mercantil de las Cooperativas. En este sentido, pueden considerarse mercantiles todas las normas jurídico-privadas relativas a la constitución elementos, organización y relaciones de la entidad con sus socios o con terceros, quedando fuera de este ámbito cuanto afecta a las relaciones de las Cooperativas con la Administración. Este criterio conduciría a estimar que la Ley reseñada vulnera la Constitución, al invadir un campo normativo reservado al legislador estatal. Las Comunidades Autónomas con arreglo a sus Estatutos podrían regular sólo aspectos jurídicos-públicos de las Cooperativas, no su régimen sustantivo.

6. ENTIDADES DE FINANCIACION. Se modifica alguna de sus condiciones de funcionamiento.

Real Decreto 1269/1983, de 13 de abril («B.O.E.» de 21 de mayo).

El Real Decreto 896/1977, de 28 de marzo estableció, al regular las Entidades de Financiación, los capitales mínimos que debían reunir, previniendo, además su modificación futura para acomodarlos a la situación económica. De acuerdo con lo establecido, se fijan las nuevas cifras mínimas, en 300, 150, 50 y 150 millones de pesetas para el capital de las Entidades, de carácter nacional, pluriprovincial y con sede en Madrid o Barcelona, respectivamente. La participación extranjera en estas Entidades se regirá por las normas generales.

Los nuevos límites se aplicarán a las Entidades pendientes de autorización.

Esta disposición ha sido desarrollada por la Orden de 28 de mayo de 1983, que determina el número de oficinas que pueden abrir las Entidades, según sus recursos propios, las dotaciones al Fondo de Previsión de Riesgos y los límites de riesgos a mantener con una sola persona o grupo de Empresas, también según los recursos propios de las Entidades («B.O.E.» del 10 de junio).

7. CAJAS DE AHORRO. Competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Decreto del Consejo de Gobierno de Andalucía de 9 de febrero de 1983 («B.O.E.» del 27 de mayo).

La presente disposición es aplicable sólo a las Cajas de Ahorro cuyo domicilio social se encuentra en el territorio de Andalucía.

La Consejería de Economía, Industria y Energía tendrá las facultades siguientes: Autorizar la creación o fusión de Cajas de Ahorro, ratificar su disolución, vigilar la apertura de oficinas, aprobar las modificaciones estatutarias, vetar el nombramiento de Directores Generales y resolver las suspensiones de ejecución de acuerdos de los Consejos de Administración.

También corresponderá a dicha Consejería el control de la actividad de las Cajas, especialmente sus inversiones y las distribuciones de resultados; a tales fines deberá serle suministrada la información necesaria.

Podrán imponerse las sanciones procedentes por la Consejería, a propia iniciativa o a propuesta del Banco de España, cuyas facultades no resultan afectadas por esta disposición.

El presente Decreto se funda en la competencia atribuida a la Comunidad Autónoma andaluza por su Estatuto (Ley Orgánica 6/1981, de 30 diciembre) sobre las Cajas de Ahorro (art. 18, 3.º), de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado. Téngase en cuenta que el sistema monetario y las bases de la ordenación del crédito y la banca corresponden exclusivamente al Estado, según la Constitución (art. 149, p. 1, núm. 11).

8. PAGARES DE EMPRESA. Régimen de su anuncio y puesta en circulación.

Orden del Ministro de Economía y Hacienda de 24 de mayo 1983 («B.O.E.» del 4 de junio).

El anuncio y puesta en circulación de Pagarés de Empresa emitidos en serie se declaran sometidos al Real Decreto 1.851/1978, de 10 de julio. En realidad, debe señalarse que la citada disposición ya les era de aplicación, en cuanto que se refería a los «Títulos mobiliarios que no sean representativos de partes de su capital social» además de a las obligaciones y bonos emitidos por entidades (art. 1).

La aprobación del folleto de emisión y el señalamiento de la fecha de lanzamiento corresponderá a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera.

Esta Orden entra en vigor el día siguiente a su publicación y se funda en la autorización conferida en el Real Decreto 1.851/1978 al Ministerio de Economía para desarrollar su contenido (disp. final 1.º).

9. ABORDAJES. Aprobación de enmiendas al Reglamento para prevenir los abordajes, convenio de Londres, de 20 octubre 1972.

Enmiendas aprobadas en 19 noviembre 1981 («B.O.E.» de 23 junio 1983).

Las enmiendas que ahora se publican fueron aprobadas en 1981 por la Asamblea de la Organización Marítima Internacional y afectan, en grado diverso, a buen número de reglas del Convenio, relativas a marcas y luces que deben exhibir los buques según sus condiciones y utilización.

Su entrada en vigor se produjo el día 1 de junio de 1983.

V. OTRAS DISPOSICIONES

10. DEFENSOR DEL PUEBLO. Reglamento de Organización y Funcionamiento.

Aprobado por las Mesas del Congreso y del Senado en su reunión conjunta de 6 de abril de 1983 («B.O.E.» del 18).

Este Reglamento desarrolla el régimen interior de la institución del Defensor del Pueblo, partiendo de lo establecido en la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril (reseñada en este Anuario, XXXIV-III, disposición núm. 20 de la Información legislativa). Dicha Ley contiene una sola referencia a su posible Reglamento (art. 34 sobre la designación de asesores), pero debe entenderse suficiente para justificar su promulgación.

Se regulan las funciones, en general del Defensor del Pueblo y de sus órganos de apoyo, los Adjuntos, la Junta de Coordinación y Régimen interior, el Secretario General, el personal restante y el régimen económico de la institución.

Merece destacarse la atipicidad del mecanismo aprobatorio del Reglamento, emanado de las Mesas de las dos Cámaras parlamentarias en reunión conjunta. En la adopción de este cauce ha pesado la condición del Defensor, comisionado de las Cortes Generales, y el propósito de independizarlo totalmente del Poder ejecutivo, concretamente de la potestad reglamentaria del Gobierno. Pero con ello se ha dado lugar a una situación peculiar, pues las Mesas de las Cámaras no ostentan potestad reglamentaria, ni siquiera en una reunión conjunta, que no está prevista especialmente en las normas generales y no se disponía su intervención en la Ley Orgánica citada, a la cual correspondía naturalmente abordar el tema (V. arts. 30 y 36 de los vigentes Reglamentos del Congreso del y Senado).

Con este Reglamento surge, pues, un nuevo procedimiento para la elaboración de normas y otro órgano dotado de potestad reglamentaria.

La disposición, dado su contenido, probablemente ocasionaría menores dificultades si hubiese sido aprobada por el mismo Defensor del Pueblo, en ejercicio de sus funciones de organización sobre sus órganos y personal de asistencia.

11. CONTRABANDO. Se regula la sanción de las infracciones administrativas del contrabando.

Real Decreto 971/1983, de 16 de febrero («B. O. E.» de 23 de abril).

La Ley Orgánica 7/1982, de 14 de julio (reseñada en este ANUARIO XXXV-IV, disposición núm. 28 de la Información legislativa), modificó sustancialmente el régimen sancionador del contrabando, distinguiendo los delitos y las infracciones administrativas en esta materia, al tiempo que suprimía los Tribunales administrativos de contrabando. La presente norma reglamentaria desarrolla las previsiones legales sobre represión del contrabando en el ámbito estrictamente administrativo.

Se determinan con todo detalle las infracciones administrativas de contrabando, las sanciones aplicables, la competencia para su imposición y el procedimiento sancionador.

La nueva regulación se aplicará a los procedimientos iniciados a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio.

12. CINEMATOGRAFIA. Regulación de las salas especiales de exhibición cinematográfica.

Real Decreto 1067/1983, de 27 de abril («B. O. E.» del 3 de mayo).

Se desarrolla el Título I de la Ley 1/1982, de 24 de febrero (reseñada en este ANUARIO XXXV-II, disposición núm. 25, de la Información legislativa), que había autorizado expresamente al Gobierno para ello.

El Decreto se refiere, primero, a las películas de arte y ensayo, así como a las salas destinadas a su exhibición, y después a las películas y salas X. En las disposiciones comunes se regula la Comisión de Calificación de Películas Cinematográficas, la clasificación de salas y las subvenciones a las empresas de exhibición con cargo a un fondo nutrido con parte de la recaudación de la exacción parafiscal sobre las películas X.

13. NOTARIADO. Se modifican determinados artículos del Reglamento Notarial.

Real Decreto 1163/1983, de 30 de marzo («B. O. E.» de 7 de mayo).

Los preceptos modificados son los artículos 4, 72, 74 párr. 1.º y 96 párr. 1.º del Reglamento Notarial referentes a las demarcaciones notariales.

Las innovaciones introducidas afectan a los siguientes aspectos:

— Posibilidad de imponer la instalación del despacho u oficina en barrios o distritos concretos de la demarcación.

— Regulación de revisiones parciales cuando lo exijan las necesidades del servicio.

— Aprobación de las revisiones por Real Decreto y agilización de trámites.

Aspecto especialmente criticable de la modificación realizada es la falta de previsión expresa de la participación de las Comunidades Autónomas en el procedimiento de fijación de las demarcaciones notariales.

Evidentemente su intervención se producirá en el trámite de audiencia a los organismos públicos interesados, pero hubiese sido preferible la creación de un trámite específico, dadas las previsiones repetidas de los Estatutos de Autonomía. En efecto, aunque algunos de los ya promulgados no se refieran a estas cuestiones, son mayoría los que preceptúan la intervención de la Comunidad respectiva en la fijación de las demarcaciones notariales (arts. 53 del Estatuto de Andalucía, 28 de Canarias, 53 de Baleares y 24 de Castilla-León), añadiendo algunos la participación en el señalamiento del número de Notarios, de acuerdo con las Leyes del Estado (arts. 24 del Estatuto catalán, 26 del gallego, 41 del valenciano, 26 de Castilla-La Mancha y 52 del Amejoramiento navarro).

Está claro que esta participación prevista no afecta para nada a la competencia estatal exclusiva sobre la ordenación de los instrumentos públicos (art. 149 p. 1 núm. 8 de la Constitución).

14. LENGUA CATALANA. Normalización lingüística en Cataluña.

Ley de la Generalidad de Cataluña de 18 de abril 1983 («B. O. E.» del 11 de mayo).

A) Exposición.

1) Principios generales:

a) Objeto de esta Ley: La Ley persigue amparar y fomentar el uso del catalán, regular su uso oficial, normalizar el empleo del catalán en los medios de comunicación y extender el conocimiento de esta lengua.

b) Uso del catalán: El catalán es la lengua propia de Cataluña; todos los ciudadanos tienen el derecho de conocerlo y utilizarlo, sin ser objeto, por ello, de discriminación alguna.

Los Juzgados y Tribunales dispensarán la protección debida al derecho de los ciudadanos a utilizar su lengua. Sin perjuicio de ello, el Consejo Ejecutivo de la Generalidad estará legitimado para ejercitar todas las acciones necesarias para hacer efectivos los derechos de los ciudadanos regulados en esta Ley (arts. 1 a 4).

2) Uso oficial del catalán:

a) Regla general: El catalán es la lengua propia de la Generalidad, de la Administración territorial catalana, de la Administración local y de las demás Corporaciones públicas dependientes de la Generalidad.

El catalán y el castellano, lenguas oficiales, deberán usarse por la Administración de la forma determinada por la Ley.

b) Leyes del Parlamento catalán: se publicarán en ediciones simultáneas, en catalán y castellano, siendo auténtico el texto catalán.

c) Disposiciones y actuaciones administrativas: Se publicarán en ediciones simultáneas, en catalán y castellano. La documentación administrativa redactada en catalán tendrá validez oficial.

Las actuaciones hechas en catalán serán válidas y eficaces.

d) Relaciones con la Administración: Los ciudadanos tienen derecho a utilizar la lengua oficial que elijan y a requerir los documentos y testimonios en la lengua que determinen. Este precepto afecta, en el ámbito territorial de Cataluña, a la Administración Civil del Estado, Administración de Justicia, Administración Local y demás Entidades públicas.

Los documentos públicos otorgados en Cataluña se redactarán en la lengua que elijan los otorgantes. Los fedatarios expedirán en castellano las copias que deban surtir efecto fuera de Cataluña y en la lengua solicitada por el interesado, previa traducción, si es precisa, las copias o testimonios que les sean requeridas.

En los registros públicos dependientes de la Generalidad, los asientos se harán en la lengua del documento inscribible o en la determinada por el interesado. Las certificaciones se harán en catalán o castellano, de acuerdo con la lengua en que se pidieron.

Las empresas públicas deberán poner los medios para que los empleados que se relacionen directamente con el público conozcan el catalán (artículos 8 a 11 y 13).

e) Topónimos: En Cataluña su forma oficial será la catalana. El Consejo Ejecutivo determinará los nombres oficiales y regulará la rotulación pública respetando las normas internacionales (art. 12).

3) El catalán en la enseñanza.

Se prevén medidas para asegurar la presencia del catalán en todos los niveles educativos, de forma que se haga posible la utilización normal del catalán y del castellano al final de los estudios básicos.

Para la expedición del grado de la enseñanza general básica se requerirá acreditar el conocimiento suficiente del catalán y castellano. En la enseñanza superior, profesores y alumnos podrán utilizar la lengua oficial que prefieran. Obviamente los profesores deberán conocer las dos lenguas oficiales.

4) Medios de comunicación en catalán.

La Generalidad promoverá la lengua y cultura catalanas en los medios de comunicación propios y, mediante subvenciones, en los ajenos, así como en las producciones teatrales, cinematográficas y literarias.

5) Medidas complementarias.

El Consejo Ejecutivo garantizará la enseñanza del catalán a los funcionarios, fomentará su utilización en las actividades mercantiles, publicitarias, culturales, asociativas, deportivas, etc., y creará centros especializados al efecto.

6) El aranés.

La Generalidad adoptará medidas para garantizar el conocimiento y uso del aranés. Los topónimos del Valle de Arán tendrán como forma oficial la aranesa.

7) Aplicación de la Ley.

La Generalidad, de acuerdo con los órganos competentes, promoverá la normalización del uso del catalán en la Administración periférica del Estado, Administración de Justicia, registros, empresas públicas y demás ámbitos no dependientes de aquélla.

Se establecen varios períodos de adaptación a las normas de la Ley en sus distintos ámbitos.

B) Observaciones.

1. Según su Exposición de Motivos, «esta Ley se propone superar la actual desigualdad lingüística, impulsando la normalización del uso de la lengua catalana en todo el territorio de Cataluña».

El marco normativo en que se inserta está constituido por el artículo 3 de la Constitución (p. 2: «Las demás lenguas españolas [el castellano es la lengua oficial del Estado, p. 1] serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos») y el mismo del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que dispone:

«1. La lengua propia de Cataluña es el catalán.

2. El idioma catalán es el oficial de Cataluña, así como también lo es el castellano, oficial en todo el Estado español.

3. La Generalidad garantizará el uso normal y oficial de los dos idiomas, adoptará las medidas necesarias para asegurar su conocimiento y creará las condiciones que permitan alcanzar su plena igualdad en lo que se refiere a los derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña.

4. El habla aranese será objeto de enseñanza y de especial respeto y protección.»

2. En la regulación establecida por la Generalidad pueden advertirse ciertos excesos sobre su ámbito de competencias, pues se llegan a dictar reglas sobre el uso del catalán ante órganos de la Administración del Estado, incidiendo así en la organización y procedimiento de ésta, que es, indudablemente, un ámbito no accesible a una Comunidad Autónoma, sino reservado exclusivamente a la competencia estatal.

La Generalidad, en ejercicio de sus potestades, puede regular el uso del catalán en las actuaciones propias, en el ejercicio del poder legislativo regional, en la Administración autonómica, en las entidades locales sujetas a su normativa y, en general, en los Entes sometidos a las competencias de la Comunidad. Sin embargo, respecto de órganos, entidades o materias estatales, sólo es admisible que una norma autonómica fije directrices a la actuación de los órganos de la propia Comunidad, como hace la disposición adicional de la Ley reseñada, pero sin poder regular las materias o aspectos propios de la competencia estatal.

De acuerdo con lo expuesto debe considerarse que las referencias de la Ley a la aplicación de sus normas a la Administración del Estado (art. 8), a la Administración de Justicia (art. 9) o a los documentos públicos (artículo 10) suponen una inmisión en ámbitos reservados al Estado.

Ha de tenerse en cuenta que la organización y el procedimiento de la Administración estatal sólo pueden ser regulados por el propio Estado, que el Poder Judicial es único para todo el Estado español y sus órganos no se integran en la Comunidad Autónoma, y que la ordenación, en general, de los instrumentos públicos es competencia exclusiva del Estado, según la Constitución (el art. 10 de la Ley choca directamente con los arts. 148 y 149 del Reglamento Notarial).

Por otra parte, también la atribución de carácter auténtico a los textos de las leyes regionales en catalán supone invadir las competencias estatales. En efecto, tal criterio afecta a la aplicación de las normas jurídicas, precisamente en su operación básica, la determinación del mandato contenido en ellas, que debe ser regulada sólo por el Estado (art. 149 p. 1 núm. 8 de la Constitución).

En consecuencia, debe esperarse que la Ley reseñada sea objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional, en relación con los extremos indicados, de modo similar a como se hizo con la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, del Parlamento Vasco, básica de normalización del uso del Euskera (publicada en el «Boletín Oficial del País Vasco», del 16 de diciembre de 1982, pero no en el «B. O. E.»).

15. IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FISICAS. Se modifica el régimen de retenciones y pagos fraccionados en este Impuesto y en el Impuesto sobre Sociedades.

Real Decreto 1261/1983, de 27 abril («B. O. E.» del 20 mayo).

Se modifica la redacción de los artículos 148, 151, 154 y 157 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, de 3 de agosto 1981 y 259 y 260 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, de 15 octubre 1982.

Las innovaciones serán aplicables a los rendimientos de trabajo satisfechos a partir de 1 junio 1983 y a los pagos fraccionados del segundo trimestre del mismo año.

El presente Real Decreto modifica los porcentajes de retención, califica el incumplimiento de la obligación de ingresar lo que se hubiera debido retener como infracción de omisión o defraudación y da nueva regulación a los fraccionamientos de pago en el Impuesto sobre la Renta. En el Impuesto sobre Sociedades se introducen criterios semejantes, elevándose el porcentaje de retención.

En relación con las novedades introducidas por esta disposición debe señalarse que el incremento del porcentaje de las retenciones es consecuencia del Real Decreto-Ley 24/1982, de 29 diciembre (reseñado en este ANUARIO, XXXVI-I, disposición núm. 30 de la Información legislativa), que la creación de una tabla especial de retenciones para las pensiones y haberes pasivos carece de antecedentes en la regulación del Impuesto y que la caracterización de la falta de ingreso de las cantidades no retenidas, pero que se debieron retener, como infracción de omisión o defraudación ya se intentó realizar en la Orden de 30 octubre 1980, pero no tiene claro encaje en la vigente redacción de la Ley General Tributaria (art. 79).

16. CODIGO PENAL. Modificación urgente y parcial de su articulado.

Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio («B. O. E.» del 27).

A) Exposición.

La presente Ley lleva a cabo una importante modificación del vigente Código Penal, de la cual se indican a continuación los aspectos de mayor interés para este ANUARIO.

1. Concepto de infracción penal: El artículo 1 del Código queda redactado de la siguiente forma: «Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la Ley.

No hay pena sin dolo o culpa. Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiese causado, al menos, por culpa.»

También se regulan los efectos del error sobre los elementos de la infracción penal. El hecho fortuito se extrae de las circunstancias eximentes de responsabilidad penal.

2. Circunstancias modificativas de la responsabilidad: La enajenación mental, legítima defensa, atenuantes de eximente incompleta y estado pasional, agravantes de reincidencia y ofensa a la autoridad se regulan de acuerdo con criterios más adecuados que los vigentes.

La reiteración se refunde en la reincidencia y desaparece la multirreincidencia, así como la agravante de lugar sagrado.

3. Autoría de las personas jurídicas: El nuevo artículo 15 bis tiene la siguiente redacción: «El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurran en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo.»

4. Responsabilidad civil: Se expresa que el Juez penal, en caso de concurrir alguna eximente de responsabilidad penal que no comprenda la civil, declarará las responsabilidades civiles.

5. Aplicación de las penas: La pena accesoria de inhabilitación para profesión u oficio se limita a los casos en que éste guarde relación con el delito cometido. Se concretan los efectos de las agravantes y de la no concurrencia de circunstancias modificativas para la determinación de la duración de las penas.

6. Delito continuado: Queda descrito de la siguiente forma: «El que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realizare una pluralidad de acciones y omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo o semejantes preceptos penales.» Se exceptúan las ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales. El mismo artículo determina las especialidades de su sanción que, en caso de infracciones contra el patrimonio, habrá de tener en cuenta el perjuicio total causado (art. 69 bis).

7. Cumplimiento de las penas: Las reformas afectan al arresto menor, a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multas y a la condena condicional, redención por el trabajo y rehabilitación.

8. Delitos, en especial: Las adaptaciones que se realizan pretenden atender a las determinaciones del texto constitucional y a la actual organización del Estado. Así, se suprimen referencias a la pena de muerte y se introducen tipos para garantizar el principio de igualdad y las libertades de sindicación, huelga y conciencia.

Entre los delitos contra la Administración de Justicia se introduce el de coacciones o represalias contra intervinientes en procesos.

El delito de tráfico de drogas recibe una regulación más completa y precisa, distinguiéndose las circunstancias que determinan una agravación de las penas y las medidas aplicables, en su caso, a los establecimientos y organismos destinadas a este tráfico.

También son objeto de regulación los delitos contra la salud pública relativos a productos alimenticios, contra el medio ambiente y contra la seguridad en el trabajo.

Se suprime el título relativo a los juegos ilícitos.

9. Delitos contra las personas: La innovación principal se refiere a la eficacia del consentimiento de la víctima para eximir de responsabilidad penal en caso de trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transsexual. Respecto de los delitos contra la honestidad se establece que el perdón del ofendido en los casos de violación no extingue la acción penal.

10. Delitos contra los bienes: Son objeto de nueva regulación los delitos de robo y hurto, determinándose las penas aplicables en cada caso y las circunstancias especiales que los agravan.

Las estafas reciben una definición sintética en la forma siguiente: «Cometen estafas los que, con ánimo de lucro, utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero.» Se incluyen en el mismo tipo delictivo las actuaciones de quien, fingiéndose dueño de una cosa inmueble, la enajenare, arrendare o gravare, y del que dispusiera de un bien como libre, sabiendo que estaba gravado, o lo enajenare dos o más veces o lo gravare o arrendare después de haberlo enajenado.

También se reconduce a la estafa, en cuanto a las penas aplicables, la apropiación indebida.

11. Límites económicos y cuantía de las multas: Se revisan en todo el texto del Código.

12. Las disposiciones transitorias regulan la aplicación del nuevo régimen a los hechos punibles realizados antes de su entrada en vigor.

En disposición adicional se fija en 300.000 pesetas el límite cuantitativo de las multas correspondientes a los delitos cuyo enjuiciamiento compete a los Jueces de Instrucción.

B) Observaciones.

La presente reforma, de extensión e importancia evidente, va precedida de una larga Exposición de Motivos (que acompañaba al Proyecto de Ley del Gobierno), en la que se detallan las modificaciones operadas y se da cuenta de los criterios que las inspiran. En la misma se expresa su carácter provisional, hasta que se lleve a cabo la elaboración de un nuevo Código Penal.

Del contenido de los nuevos preceptos debe llamarse la atención sobre las regulaciones de la autoría de personas jurídicas, del delito continuado y de la estafa.

En cuanto a la primera, el texto del nuevo artículo 15 bis resulta concreto, aunque la Exposición de Motivos hace una advertencia relevante: «La, al principio expuesta, exigencia de dolo o culpa para poder derivar responsabilidad criminal disipa cualquier temor en relación con los aparentes peligros que entrañará la aplicación de la regla que se incorpora.»

La regulación del delito continuado lleva a cabo la clara determinación de sus elementos, superando y aprovechando la elaboración jurisprudencial del tema, y la de la estafa sustituye el antiguo casuismo por una definición general, configurando como agravantes los supuestos de estafa procesal, abuso de firma en blanco, estafa de seguro y de tráfico de influencias.

17. ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES. Se modifica su regulación de jornada de trabajo y de las vacaciones.

Ley 4/1983, de 29 de junio («B. O. E.» del 30).

Quedan modificados los artículos 34 y 38 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Ley 8/1980, de 10 marzo, en los siguientes extremos:

— La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo.

— El período de vacaciones anuales retribuidas tendrán una duración no inferior a treinta días naturales.

Esta Ley entrará en vigor el mes de su publicación en el «B. O. E.».

18. MEDIDAS FINANCIERAS URGENTES. Se adoptan medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria.

Ley 5/1983, de 29 de junio («B. O. E.» del 30).

Esta Ley es fruto de la tramitación parlamentaria, como Proyecto de Ley del Real Decreto-Ley 24/1982, de 29 de diciembre, que fue reseñado en este ANUARIO (XXXVI-I; disposición núm. 30 de la Información legislativa).

Con la entrada en vigor de esta Ley el día de su publicación se deroga el precedente Real Decreto-Ley al que sustituye. Su contenido es prácticamente igual al de la anterior disposición citada, salvo el artículo 2 (Fondo de Ayuda al Desarrollo), disposiciones adicionales 6.^a (tributación de máquinas recreativas) y 7.^a (contribución Territorial Rústica y Pecuaria), y tipo del Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas en las ventas de fabricantes a minoristas (el art. 19 lo fija en el 4 por 100).

En cuanto al resto de su contenido nos remitimos a la reseña del Real Decreto-Ley, aunque se descubren diferencias en la regulación concreta de ciertas materias.

19. UNIVERSIDADES. Medidas urgentes respecto de sus órganos de Gobierno.

Ley 8/1983, de 29 de junio («B. O. E.» del 30).

La Ley determina los requisitos y procedimientos para la elección y nombramiento de los siguientes cargos universitarios: Rectores, Vicerrectores, Secretarios Generales, Decanos de Facultades, Directores de Escuelas Técnicas Superiores, Directores de Colegios Universitarios, Directores de Escuelas Universitarias, Vicedecanos, Subdirectores, Directores de Institutos y Departamentos.

En general los titulares de estos cargos deberán estar en posesión del título de Doctor y tener dedicación exclusiva.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo: «Manual de clases prácticas de Derecho civil (Contratos en particular)». Bilbao, 1980. Publicaciones de la Universidad de Deusto. Un volumen de 231 págs.

Los estudios universitarios en España son fundamentalmente teóricos y más concretamente en el ámbito de las humanidades donde el clima de abstracción pedagógica llega a su grado sumo. La enseñanza del Derecho no resulta una excepción, como tampoco en cualquiera de sus especialidades, cual ocurre en el Derecho civil. Salvo en ciertos sectores docentes, la mayor parte echan en olvido las llamadas clases prácticas, el manejo de los textos legales y jurisprudenciales, así como el planteamiento y la resolución de supuestos y casos. Un buen término medio sería aquel que practicase algo menos que lo que se hace en el sistema anglosajón del «Common Law» y de los países nórdicos europeos de corte germánico.

Resulta, pues, un acierto que en la nueva generación de docentes universitarios españoles, entre los juristas no se descuide la faceta ejemplificativa y casuística, tal como lo hace ahora el ilustre profesor De Angel y Yagüez, con su «Manual de clases prácticas» para el ámbito de los contratos en particular. Dividido éste en siete partes, contiene setenta y siete modelos cuya gama y riqueza de contenido son de grandísima utilidad para quien se inicia en la compleja experiencia del mundo contractual. La obra comienza por los contratos traslativos de dominio y sigue con los de uso y disfrute, los de prestación de actividad en servicio ajeno, los de estructura asociativa, los aleatorios, los de garantía, para concluir con los contratos dirigidos a la eliminación de controversias.

Nuestro ilustre autor no sólo se ha conformado con transcribir unos modelos confeccionados «ad hoc», sino que incluye los que han circulado y se plasman actualmente en el ejercicio cotidiano de la tarea de bufete, donde tanto abundan las nuevas modalidades, cláusulas y demás condicionamientos a las modalidades y complejas relaciones jurídicas de nuestros días. Además, el autor ha realizado una tarea de síntesis y de comentario a cada modelo, al encabezar una descripción del caso que prepare al alumno sobre la figura jurídica y sus variantes más particulares.

El propósito principal del autor creo que resulta plenamente logrado, al conseguir establecer un sencillo entronque de cada ejemplo con los conocimientos teóricos y, sobre todo, el que se logre una visión real, plasmada y formal de los contratos. Con ello, el alumno se enriquece en esta dimensión materializada que va a constituir el instrumento futuro sobre el que va a

desarrollar una función interpretativa y de adecuación a las normas jurídicas. La obra, pues, constituye una gran contribución a la bibliografía práctica del ámbito del Derecho civil, por la que se debe felicitar al profesor De Angel Yagüez.

José BONET CORREA

AZNAR GIL, Federico R.: «El nuevo Derecho matrimonial canónico». (*Bibliotheca Salmanticensis*, 60; Salamanca, Universidad Pontificia, 1983), 448 págs.

La presente obra que recensamos, la primera que ofrece una exposición global del nuevo Derecho matrimonial canónico recientemente promulgado, es fruto de un joven canonista y pretende realizar una primera lectura y reflexión sistemática sobre el matrimonio en la legislación eclesial: realidad social, jurídica y eclesial que tiene una indudable repercusión, por razones obvias, en los distintos ámbitos de la sociedad y que, por ello mismo, sobrepasa los límites estrictamente eclesiales. Se inscribe dentro del género literario de los manuales universitarios y pretende, además de lo anterior, aunar dos objetivos aparentemente contradictorios: rigor y seriedad universitarios en la exposición de las diferentes cuestiones y estudio de todo el nuevo Derecho matrimonial canónico. Ello puede explicar que, a veces, el tratamiento de algunas determinadas problemáticas quede únicamente bosquejado a grandes rasgos y en sus líneas generales; la propia naturaleza de la obra así lo requiere. La metodología empleada se basa en tres grandes puntos de apoyo: exposición de la legislación matrimonial del C. I. C. de 1917, de la doctrina del Concilio Vaticano II y de la nueva codificación canónica. El resultado es una exposición completa de la legislación matrimonial eclesial.

El contenido, como ya se ha dicho anteriormente, abarca todas las cuestiones del Derecho matrimonial sustantivo. Sin embargo, este libro, además de su novedad, ofrece una serie de características que lo hacen sumamente útil para los profesionales del Derecho: presenta una relación completísima de la abundante bibliografía producida en torno al matrimonio en los últimos veinte años. Presta una esmerada atención, con continuas referencias a las fuentes, a todo el proceso codificador canónico-matrimonial, lo que es clave para la comprensión de determinadas novedades en el texto legislativo. Señala, asimismo, las oportunas remisiones a la legislación particular de las diócesis y de las Conferencias Episcopales y los puntos de contacto e interconexión con el ordenamiento civil español. Estudia algunas cuestiones, v. g., la legislación de la Iglesia Católica ante las denominadas «situaciones irregulares», que no suelen ser frecuentes en este tipo de obras, etcétera. Todo ello hace que el libro sea imprescindible en el momento actual para el estudio y comprensión de la nueva legislación matrimonial canónica. En este sentido viene a sustituir a otras obras de similares características, superadas por la promulgación del nuevo C. I. C., y ofrece un punto de partida para su profundización ulterior.

De cara a posteriores ediciones, creemos que el autor, sin alterar el esquema fundamental de la obra, debería introducir algunas pequeñas correcciones de carácter formal: profundización y desarrollo más extenso de determinadas cuestiones, algunos ajustes con la cambiante legislación civil española, traducción de los textos expuestos en su lengua original, etcétera. Pequeños reparos que en nada empañan a este magnífico libro como lo demuestra la aceptación que está teniendo en los distintos ambientes. Felicitamos por ello al autor y le deseamos que en un plazo de tiempo no muy lejano pueda proceder a su reedición, añadiéndole una exposición del Derecho procesal matrimonial.

JUAN SÁNCHEZ Y SÁNCHEZ

C. DONISI: «Il contratto con se stesso», Pubblicazioni della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino, 31 (Nápoles, 1982), 406 páginas.

El libro que presentamos tiene la importancia de que su autor, profesor ordinario de la Universidad de Nápoles, se aproxima a la discutida figura del autocontrato desde la óptica amplia de las relaciones jurídicas unisubjetivas, tema al que ha dedicado hace poco otro interesante estudio (*Vid. Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Nápoles, 1972). Y lo hace en la idea de rescatar el autocontrato del limbo de los monstruos jurídicos donde ha quedado olvidado un tanto paradójicamente, dice, después de que el *Codice* le ha acogido siquiera para proclamar su anulabilidad, salvo autorización específica del *dominus* o que la determinación de su contenido excluya toda posibilidad de conflicto de intereses (cfr. art. 1.395). Lo que le brinda una buena ocasión para llevar a cabo una revisión crítica tanto de la esencia de la contractualidad cuanto de la estructura de la representación propia, sobre todo, en lo que concierne al abuso del poder. Niega, por ello, lo mismo la anormalidad de la figura que su índole ficticia, la que se manifiesta en las conocidas tesis del desdoblamiento de la personalidad, del consentimiento presunto o del acto unilateral con excepcionales efectos contractuales; afirma, por el contrario, que hay aquí una voluntad única, la del *procurator*, la que es bastante para perfeccionar el autocontrato. Y es que el autor mantiene la tesis según la cual el contrato no es necesariamente bilateral ni en la fase de su formación ni en la de su perfección por el intercambio de consentimientos, sino, únicamente, en cuanto a su contenido en el sentido de que los intereses regulados por él mismo han de hacer referencia, al menos, a dos partes; el consenso no es, según esta concepción, esencial al contrato, sino apenas el criterio utilizado por el ordenamiento para atribuir el contenido a una pluralidad de partes, criterio que en el autocontrato está sustituido por la voluntad única del *procurator*. Si esto es así, el autocontrato se distingue del contrato tan sólo en que su contenido se ha formado de un modo unilateral, y no consensual, y responde en todo lo demás a la estructura típica de este último; por eso, no se trata de una categoría *sui generis*, sino de un tipo

de contrato, que se perfecciona por la sola manifestación de voluntad del representante de estipular consigo y por cuenta del *dominus*, conozca éste o no dicha voluntad, la que suele ser tácita salvo las formas *ad substantiam*, y debe ser comunicada a este último. Consecuencia de esto es que la capacidad y los vicios del consentimiento se rigen en el autocontrato por las reglas generales, lo mismo que, entre otros aspectos, la interpretación; por lo que respecta a esta última, una relevancia singular asume la interpretación según la buena fe, al par que parece fuera de lugar, en principio, acudir a la común intención de las partes, debiéndose subrayar la interpretación *contra stipulatorem* o *contra proferentem*.

De cara a la eficacia de la figura, observa el autor que el mero conflicto de intereses no puede provocar su anulabilidad, ya que éste es común a todo contrato, máxime si se tiene en cuenta que el mandato *in rem propriam* es válido; contra lo que choca el contrato *cum se ipso* es, en rigor, contra el abuso de poder del *procurator*, con lo que la figura se distingue de otros supuestos de conflicto de esta clase, como el que puede existir entre los padres y el hijo en el ejercicio de la patria potestad. Consiste aquí, por eso, en el ejercicio anómalo del poder, de modo que la autorización del *dominus* no elimina por sí sola el aludido conflicto, igual que la predeterminación del contenido del contrato en todo o en parte por este último no convierte al *procurator* en un mero *nuntius*; sólo la existencia de abuso de poder habilita, pues, la anulabilidad del autocontrato. En fin, el acto del *procurator* no constituye un supuesto de representación indirecta ni de representación legal o de representación orgánica; tampoco es un caso de trabajo subordinado o de gestión de negocios sin mandato. Dentro de la amplia fenomenología de la figura destaca, lo que no escapa al buen criterio del autor, el juego del autocontrato en la comisión, sobre todo, en lo que concierne a los Agentes de cambio; de particular interés son las observaciones que formula contra la concepción que ve aquí la existencia de una *facultas alternativa* predispuesta a favor del último, haciéndose eco de la orientación que duda del carácter negocial de la *electio* y de la que niega la naturaleza traslaticia de la misma.

He aquí, pues, una muestra del rigor que caracteriza la amplia investigación llevada a cabo por el profesor Donisi, cuyo estudio atento es recomendable para nosotros, no sólo porque recoge bien y valora críticamente el *status quaestionis* en el Derecho italiano, sino, sobre todo, porque examina desde una perspectiva moderna las clásicas figuras del contrato y la representación, los dos pilares en los que reposa el autocontrato.

Carlos VATTIER FUENZALIDA

GONZALEZ DEL VALLE, J. M.; LOMBARDIA, P.; LOPEZ ALARCON, M.; NAVARRO VALLS, R., y VILADRICH, P. J.: «Derecho eclesiástico del Estado español», 2.ª ed. Pamplona, 1983. Ediciones Universidad de Navarra, S. A. Un volumen de 571 páginas.

En el año 1979 aparecía esta sugestiva y espléndida obra, como una primicia bibliográfica para el ámbito del Derecho Eclesiástico español, realizada

por los mejores especialistas en cada uno de los sectores de este conjunto normativo. Con prudente modestia de sus autores, la habían calificado en su prólogo como unos «apuntes», debido al incipiente volumen normativo en la materia, como por cuestiones de método; sin embargo, el acierto de sus planteamientos y el rigor de su tratamiento la hace una obra imprescindible y básica. Por eso, apenas transcurridos dos años, quedaba agotada. En el entretanto, nuevos preceptos habían desarrollado los principios constitucionales respecto al factor religioso y su incidencia en la vida social que debían de ser tomados en cuenta. Con gran acierto los autores decidieron revisar y aumentar sus estudios y preparar esta segunda edición que sigue acometiendo con lozanía y flexibilidad los planteamientos actuales.

La obra, dividida en trece capítulos, presenta los presupuestos generales y los aspectos concretos. Los tres primeros capítulos son abordados por un gran especialista, el profesor Pedro Lombardía, que con mano maestra va trazando una exposición del «Derecho Eclesiástico», sus nociones fundamentales, la caracterización como rama del ordenamiento del Estado, de su política religiosa, hasta llegar al ámbito del Derecho Eclesiástico internacional; luego pasa a la exposición de las doctrinas sobre las relaciones entre el poder temporal y la autoridad espiritual (monismo y dualismo, hierocratismo medieval, el Derecho canónico clásico, la reforma protestante, el regalismo, el separatismo liberal, la libertad religiosa como derecho humano, los Estados totalitarios y la Iglesia Católica). Este primer capítulo se completará con el examen de la formación de la Ciencia del Derecho Eclesiástico en el Estado moderno, en el racionalismo, en la Escuela histórica, el influjo del positivismo, la evolución italiana para concluir con el Derecho Eclesiástico en España.

En el capítulo segundo, el profesor Lombardía acomete con precisión los precedentes del Derecho Eclesiástico español, sus antecedentes históricos, fundamentalmente los más inmediatos de la segunda República hasta llegar al actual proceso de reforma política. Por último, en el tercer capítulo se concretarán las fuentes del Derecho Eclesiástico español, su visión de conjunto, las fuentes pacticias (Convenios internacionales, Acuerdos con confesiones religiosas, los Concordatos con la Iglesia Católica y los Acuerdos con otras confesiones religiosas), las fuentes unilaterales del Derecho Eclesiástico español, para concluir destacando la relevancia en el ordenamiento del Estado de las fuentes de los ordenamientos jurídicos de las confesiones religiosas.

Otro gran especialista, el profesor Viladrich, aborda en el capítulo cuarto los principios informadores del Derecho Eclesiástico español a partir de la Constitución de 1978, las nociones generales, un minucioso examen del principio de libertad religiosa, del de laicidad del Estado, del de igualdad religiosa ante la ley y del principio de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas.

Los capítulos V al XIII se refirirán, en particular, a los nuevos aspectos del Derecho Eclesiástico español. Así, el ilustre profesor González del Valle trata en el capítulo V la regulación legal de la libertad religiosa como derecho de la persona; en el capítulo VI acomete la posición jurídica de las confesiones religiosas y en el IX su régimen económico; además, en el capítulo X perfilará el cometido de los ministros de culto y en el XII la cuestión de la en-

señanza (su libertad, la creación de centros docentes y la enseñanza de la doctrina religiosa).

A cargo del laborioso profesor López Alarcón se desarrollan los capítulos VII y VIII sobre la organización de las confesiones religiosas ante el Derecho español y respecto a las entidades religiosas; con el XIII, este ilustre profesor presenta la importancia del interés religioso y su tutela por el Estado.

Por último, no podía faltar el examen de una de las instituciones que actualmente más ha sufrido por el anhelo de su laicificación, cual es el matrimonio; en el capítulo XI es abordado por uno de sus más profundos conocedores y tratadistas, el profesor Navarro Valls, donde analiza el matrimonio religioso ante el Derecho español, el matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico y el matrimonio celebrado en forma religiosa no católica.

De esta mera exposición de los enunciados de esta gran obra podrá alcanzarse la importancia de los aspectos y temas tratados, de su utilidad práctica, de su rango científico y de sus aportaciones.

José BONET CORREA

ISENBURG, L.; MENGHINI, L.; GUARDA NARDINI, L.; KYOVSKY, R.; MERCURI, I.; SZUBERT, W.; GHIMPU, S.; FRANK-KISS, G. S.: «Il Diritto del lavoro dei paesi socialisti europei». Padova, 1982. CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Un volumen de XXVII-735 páginas.

Bajo la dirección del ilustre profesor Giuliano Mazzoni se elabora esta gran enciclopedia jurídica laboral que, ahora, con el tomo 17, aborda un concreto ámbito del Derecho internacional y comparado del trabajo, cual es el examen de la situación normativa actual del grupo de países del Este europeo, particularmente de Albania, Bulgaria, Checoslovaquia, Yugoslavia, Polonia, República Democrática Alemana, Rumanía, Hungría y la Unión Soviética.

Esta obra, realizada por grandes especialistas y conocedores de estos ámbitos del Derecho laboral, resulta un instrumento valiosísimo para conocer y estar al día en los problemas laborales de otras áreas en la sociedad contemporánea.

El método de estudio y la sistemática expositiva en esta obra es original, ya que no se conforma mediante el empleo de voces como en las demás enciclopedias, prefiriendo reagrupar los temas y sus materias homogéneas en cuanto a las cuestiones claves del Derecho del trabajo. La labor, más monográficamente expuesta, se lleva a cabo por expertos conocedores universitarios.

Esta enciclopedia abarca cuatro grupos o ámbitos del mundo del trabajo: el Derecho sindical, el Derecho privado del trabajo, el Derecho público y los Derechos internacional y comparado del trabajo. Dentro de este último grupo, la obra aplica el método comparativo al igual que había realizado para los países del «common law» y a los de la Europa continental occidental. Con el

examen de los países del este europeo, para el Derecho laboral se alcanza una mayor variedad legislativa y otra manera de afrontar las cuestiones del trabajo.

La obra, pues, consigue un mayor caudal informativo, una amplitud en las conclusiones comparadas de los diversos sistemas del ámbito laboral y enriquece el fondo bibliográfico en esta materia; además, se añade un elenco de sus obras fundamentales en su parte final. De este modo, el especialista puede conseguir el profundizar todavía más en aquellos aspectos y cuestiones concretas.

José BONET CORREA

INSTITUT DE DROIT COMPARE DE L'UNIVERSITE JEAN MOULIN: «Mariage et famille en question». Seis volúmenes. Lyon, 1978-1982.

El Instituto de Derecho Comparado Jean Moulin, de Lyon, uno de los centros más activos del comparatismo jurídico mundial, viene publicando, desde el año 1978, diversos volúmenes sobre el Derecho de familia europeo. Dirigen la obra los profesores Nerson y Schwarz-Liebermann von Wahlen-dorf, de la Universidad Lyon III, y colaboran en ella prestigiosos juristas europeos.

Los dos primeros volúmenes se dedican al Derecho familiar francés. En la pasada década se ha reelaborado íntegramente ese Derecho. Ha sido una reelaboración escalonada, sucesiva, pero de gran coherencia: el hecho de que la mayor parte de los proyectos de ley hayan sido redactados por el ilustre *Doyen* Carbonnier ha dado al nuevo texto una armonía desconocida para el primitivo texto napoleónico. Con la reforma de la tutela, la emancipación, los regímenes económico-matrimoniales, la patria potestad, la filiación y el divorcio, *la modernización del Derecho civil de la familia se encuentra casi terminada*, como advierte el profesor Nerson. En la presentación de la obra esboza este autor los rasgos fundamentales de la evolución francesa: el desplazamiento del matrimonio como fundamento de la familia, y la proliferación de las uniones de hecho; el ya habitual tránsito de un previo *mariage à l'essai* a un verdadero matrimonio tras la llegada del primer hijo; la reducción de la familia, que ha pasado de familia-tribu a familia-hogar; la creciente intervención de la autoridad judicial en la vida familiar.

Bajo el epígrafe *La familia fundada en el matrimonio* se agrupan dos estudios: *Una reflexión histórica sobre el matrimonio*, de Jean-Claude Genin, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad León III, un apasionante panorama en solo diez páginas de la evolución familiar desde las antiguas culturas orientales hasta la redacción del *Code* en 1804, con hábil coordinación de apreciaciones sociológicas e instituciones jurídicas, y *Las dimensiones de la familia*, de la profesora Marie-Claire Rondeau-Rivier, donde se analiza lo que Durkheim llamaba la última fase del lento proceso de contracción progresiva de la familia, es decir, el abandono de la familia patriarcal por la familia conyugal, la *gens* por el *domus*.

Con el título general *La disminución de la importancia del matrimonio* se exponen otros dos ensayos: *La admisión del divorcio por voluntad unilateral*, donde la profesora Jacqueline Rubellin-Devichi demuestra que la voluntad tiene hoy mayor importancia que en otro tiempo, porque se manifiesta *no sólo en la fundación de la familia, sino a lo largo de toda su existencia*, y tras analizar la facultad de resolución unilateral del matrimonio, concluye: *la admisión del divorcio por voluntad unilateral en nuestro Derecho se acompaña de un arsenal de precauciones y garantías tan enorme que el matrimonio resulta una institución celosamente salvaguardada por la ley y la jurisprudencia que la aplica: de ahí que aún no pueda divorciarse todo el que quiera*. El segundo ensayo, de la misma autora, es *La debilitación de la presunción de paternidad*; la presunción de paternidad surge, según Rubellin-Devichi, como un rasgo de generosidad de legislador: se fuerzan los plazos biológicos de la concepción, se minimizan las excepciones al clásico *pater is est* y, en definitiva, la ley y la Jurisprudencia extienden la presunción de paternidad hasta límites inverosímiles por la utilidad que reporta al hijo. Con la ley de 1972, equiparadora de hijos legítimos e ilegítimos, esa utilidad decae, y, por el contrario, cobra valor la verdad biológica. La autora analiza los límites actuales de la presunción de paternidad y centra luego su examen en la profunda variación experimentada por el *désaveu de paternité*: frente a la restrictiva regulación anterior, se permite hoy al hombre casado demostrar su no paternidad en todos los casos en que la presunción se aplica.

Dos breves artículos —*Las familias legítimas no fundadas en el matrimonio* y *Las parejas no casadas*— se reúnen en el apartado *Familias sin matrimonio*. En el primero pone de relieve la profesora Emma Gounot que *el matrimonio ha perdido su monopolio tanto para crear la familia como para fundar la legitimidad*. Sin embargo, la espectacularidad del planteamiento se desvanece al examinar los supuestos que expone la autora: los hijos de caídos en la guerra —a los que ciertas disposiciones circunstanciales les reconocieron el carácter de legítimos si el padre muerto había manifestado su voluntad de contraer matrimonio con la madre—, los hijos nacidos de matrimonio nulo, la adopción plena por una sola persona y la legitimación *par autorité de justice* —continuadora del *rescriptum principis*—. El segundo artículo, de Georges Peyrard, recuerda el vaticinio de algunos autores —Esmein, Nast...— que en los años treinta anunciaron el advenimiento de la unión libre y la desaparición del matrimonio por desuso. Con datos estadísticos demuestra el autor que las uniones libres no han alcanzado un número excesivamente elevado, aunque sí suficiente para poner de manifiesto la crisis del matrimonio. La unión libre sitúa al Ordenamiento jurídico en un dilema difícil de resolver: o se abstiene de regular una situación social generalizada o la regula y legitima. El autor apunta una solución, pero no se adhiere a ella totalmente a la vista del estado actual de la evolución social: la equiparación de unión libre y matrimonio, la admisión de una dualidad de modelos familiares. Considera más adecuado adoptar dos medidas que —en su opinión— reforzarían la debilitada institución matrimonial: la elevación de la edad exigida para con-

traer matrimonio (*no basta la capacidad para la procreación para ser capaz de asumir una unión duradera...*) que pasaría a ser de veinte años para la mujer y veintiuno para el hombre; y el reconocimiento legal del matrimonio a prueba. El *mariage à l'essai* evita que dos personas adopten una decisión sin una conciencia clara de su alcance, y caigan luego en lo que Hahn ha llamado la *cronopatía*. El reconocimiento de este *noviciado conyugal* —en terminología del autor— no exige un cambio de estructuras jurídicas: basta con resaltar su analogía con una figura secularmente reconocida, la promesa de matrimonio. *Nuestra proposición* —escribe el prof. Peyrard— *no tiene nada de revolucionaria si se considera que sólo se trata, desde muchos puntos de vista, de dar un valor jurídico a los esponsales, cuya práctica y significación social tienden a atenuarse*. El autor reconoce que su propuesta se opone a la condena hecha por el episcopado francés —en 1976— a este matrimonio a prueba, pero insiste en que su deseo es únicamente revalorizar la institución matrimonial y lograr uniones legítimas con más probabilidades de éxito.

El segundo tomo dedicado al Derecho matrimonial francés, comienza con un epígrafe —*La condición de los cónyuges*— que luego rebasan los artículos agrupados bajo el mismo: *Las relaciones personales*, de Marie-France Callu y *Las relaciones patrimoniales*, de André Robert, que sobrepasan el marco matrimonial y se extienden a las relaciones paterno-filiales. El primero analiza el lento camino histórico hacia la igualación de los cónyuges, que termina con la *nouvelle éthique* que inspira las modernas regulaciones jurídicas. El estudio tiene dos partes: la igualdad en la vida común de los cónyuges y la igualdad en la vida individual. En la primera trata, separadamente, la comunidad de vida y la comunidad de lecho —dentro de este último apartado, los deberes de fidelidad, de procreación, y el conflicto que puede suscitar un rechazo individual de descendencia—; en la segunda parte, la autora dedica páginas interesantes a la *libertad de comportamiento*, analizando un curioso abanico de supuestos: elección de amigos, práctica del nudismo, vacaciones separadas, control de correspondencia, inspección del bolso de la mujer y de la cartera del marido... Dentro también de la esfera de libertad individual incluye la libertad de opinión, la libertad profesional y la libertad sindical y política. El profesor Robert esboza la evolución legislativa de los últimos años: la ley de 13 de julio de 1965, que instituye un nuevo régimen legal —la *communauté d'acquêts*, más reducida que la primitiva comunidad del Code—, admite la mutabilidad de las capitulaciones constante matrimonio, suprime el régimen dotal y crea el régimen de *participación aux acquêts*, siguiendo el modelo de las legislaciones escandinavas y alguna tendencia ya histórica del propio Derecho francés (un proyecto de 1932 quiso elevarlo a régimen legal supletorio); la Ley de 4 de junio de 1970, que supera la vieja concepción del *mari chef de famille*, instituyendo la dirección conjunta; la ley de 1975 y los proyectos en curso que buscan una mayor equiparación entre los cónyuges.

Le nom de la femme mariée, de Christiane Beroujon y Dominique Thovenin, pone de manifiesto que ninguna disposición legal impone a la mujer casada francesa la obligación de asumir el apellido del marido, con

pérdida del suyo propio. Se trata de una simple —aunque arraigada— costumbre social, que debe desaparecer al compás de las modernas reformas legislativas. La autora reconoce sin embargo la utilidad de que ambos cónyuges ostenten un solo apellido y propone, *de iure condendo*, que se les permita elegir libremente entre el apellido del marido y el de la mujer. El artículo es, por lo demás, un alegato en favor de la defensa femenina del *nom de jeune fille* y de la libre elección por los padres del apellido que han de llevar los hijos. Es especialmente interesante el extenso examen de las reglas de transmisión del apellido en el Derecho comparado.

L'intervention judiciaire dans la famille, del profesor Herve Croze, advierte que el creciente intervencionismo judicial en el ámbito familiar no es puramente cuantitativo —aumento de los casos de intervención— sino también cualitativo. El ámbito de la actuación judicial se extiende, según el autor, a la protección contra los abusos de la autoridad familiar y al control del equilibrio de poder que la ley mantiene entre los cónyuges. Especificados los supuestos de intervención, el profesor Croze trata de determinar el modo en que esa intervención debe tener lugar: desde el punto de vista del fondo, analiza la noción de *interés de la familia*, y desde el punto de vista formal, los diversos procedimientos en que se resuelven cuestiones familiares.

Un breve artículo de Pierre Guiho, *L'évolution recente du Droit international privé français de la famille* —donde se pone de relieve la modificación operada en las normas de conflicto y en el concepto de orden público interno— y otro del profesor Hans-Albrecht Schwart-Liebermann von Wahleendorf, *En guise de conclusion provisoire: une ouverture sur la dimension comparative* —una loa al método comparativo—, concluye este volumen segundo, último dedicado al Derecho francés.

El tratamiento de los temas es más superficial en el volumen dedicado al Derecho inglés, y ello redundará en una mayor facilidad para la lectura. Un análisis más profundo habría acentuado los graves problemas que advierte el profesor Schwarz-Liebermann en el prólogo: discordancia de conceptos, imposibilidad de traducir los términos jurídicos. El primer artículo, *L'évolution du droit anglais en matière de mariage et de divorce*, apunta las tres fases en que se ha desarrollado la evolución del Derecho matrimonial inglés: sujeción al Derecho canónico antes del cisma, reconocimiento exclusivo del matrimonio celebrado según el rito anglicano —fase representada por la *Lord Hardwicke's Act de 1753*— y, por último, la nueva normativa recogida en la *Marriage's Act de 1836* y la *Marriage's Act de 1929*, que admite y reconoce efectos civiles al matrimonio *celebrado según el rito de cualquier comunidad religiosa y que tenga lugar en un edificio específicamente destinado a este fin*, además de regular un matrimonio exclusivamente civil que se celebra ante el *Superintendent Registrar*. El profesor Cretney analiza a continuación la evolución histórica del divorcio, desde la *Matrimonial Causes Act de 1857* hasta la vigente *Divorce Reform Act de 1969*, con abundantes citas doctrinales y jurisprudenciales.

En *Unité du couple et droit patrimoniaux des époux*, el profesor Kevin J. Gray, de la Universidad de Cambridge, estudia el vigente régimen legal de

separación de bienes. El análisis es breve, porque, como aclara el autor en el último párrafo, *a pesar de las numerosas reformas legislativas que han caracterizado a los últimos decenios, lo cierto es que, hoy en día, no existe un verdadero régimen económico matrimonial en Inglaterra*. De ahí que el artículo se limite a examinar el tránsito del riguroso *common law* medieval —que únicamente reconocía capacidad patrimonial al marido— al vigente régimen de la *equity*, que cristaliza en la *Married Women's Property Act* de 1870, la *Married Women's Property Act* de 1882 y sus reformas de 1935, 1964 y 1970; la normativa vigente es, en opinión del autor, insuficiente, y requiere una pronta eliminación de sus lagunas.

Los estudios de Derecho matrimonial concluyen con el artículo *Mesures financières en cas d'échec du mariage*, de J. Gareth Miller, centrado en el examen de las secciones 23 y 24 del *Matrimonial Causes Act* de 1973, y las amplias facultades que las mismas conceden a la autoridad judicial para determinar las prestaciones patrimoniales derivadas del divorcio, la nulidad o la separación de los cónyuges. En *Droits et devoir des parents a l'égard de leurs enfants*, P. M. Bromley acentúa el rigor de la patria potestad en el *common law*, su suavización por la *equity* y las importantes innovaciones introducidas por la *Talfourd's Act* de 1939, que inicia la moderna evolución de la figura. El estado legal vigente está constituido por la *Guardianship Act* de 1973, la *Children Act* de 1975 e, indirectamente, por la *Family Reform Act* de 1969, que fija la mayoría de edad en los dieciocho años. La terminología ha cambiado en nuestros días; se habla hoy de guarda legal (*legal custody*) o de guarda y control (*guard and control*), desechándose la antigua denominación de autoridad paterna. El profesor de Manchester examina el ámbito de la patria potestad en diversos campos: educación, tratamiento médico, matrimonio, nombre del hijo, castigos, protección y mantenimiento. Breves referencias a la tutela y a la adopción ponen fin al artículo. El volumen dedicado al Derecho inglés termina con *Rapports hors mariage*, de D. Pearl. Se plantea la dificultad de definir las uniones de hecho, y el autor opta por no formular un concepto unitario, sino distinguir tres tipos de relaciones *more uxorio*: la convivencia en un mismo hogar, que los terceros consideran matrimonio; las uniones periódicas o pasajeras; las relaciones entre un hombre y su amante, a la que aquél instala en una vivienda independiente y que visita periódicamente. Sin ningún criterio sistemático, el autor examina cuestiones concretas: la ausencia de un deber de sostenimiento a la concubina; la ausencia de normas que extiendan las prestaciones de la seguridad social a personas ajenas a la familia legítima; la peor condición fiscal de los que conviven fuera del matrimonio, que no se pueden beneficiar de la desgravación denominada *married man's allowance*; el reconocimiento parcial de las uniones de hecho por la *Inheritance (Provisions for Family and Dependants) Act* de 1975, que autoriza a los Tribunales para fijar pensiones que deban satisfacerse con el caudal hereditario *a las personas que hayan convivido con el de cujus en el periodo precedente a su muerte*. El autor prevé una creciente atención jurisprudencial y legal a las uniones de hecho; sólo uno de los supuestos de la tipología antes apuntada —las relaciones transitorias— quedarán al margen

de la atención de los juristas; pero, como advierte el autor, esos individuos tampoco quieren ser tenidos en cuenta por el Derecho.

El cuarto volumen comienza con un sugestivo artículo de P.-H. Steinhauer, profesor de la Universidad de Friburgo, *Evolution des structures juridiques de la famille en Suisse*, donde el análisis jurídico se enriquece con datos sociológicos y agudas apreciaciones críticas. Se ha hablado de la lenta evolución del Derecho privado suizo, casi siempre a remolque de los avances jurídicos del resto de Europa; el Código civil suizo es un fruto tardío de la codificación decimonónica, la modernización del Derecho de familia no se ha culminado... Sin embargo, ese retraso ha implicado un mejor aprovechamiento de las enseñanzas del Derecho comparado, una mayor reflexión en las reformas emprendidas. Exponente de la madurez de los textos legales suizos es la regulación del derecho de familia; como pone de relieve Eugenio Huber en la exposición de motivos del Código de 1907, la normativa codificada de la familia se asienta en tres principios fundamentales: la igualdad de los sexos y la independencia de los hijos, la organización de la *petite famille* con abandono de la antigua familia de tipo patriarcal y el control público sobre la familia. La modernidad de este planteamiento explica que no haya surgido en Suiza un movimiento de reforma global en el ámbito del Derecho familiar; sólo se han promulgado hasta hoy una ley reguladora de la adopción (en el año 1972) y una ley reguladora de la filiación (en el año 1976). La reforma del régimen económico del matrimonio está desde el año 1977 en fase de anteproyecto, aunque parece inminente la aprobación por el Consejo Federal.

Como explica el autor, mientras la opinión pública reconoce al matrimonio como la única forma legítima de unión entre hombre y mujer, la doctrina jurídica mantiene la naturaleza estrictamente contractual del matrimonio y su resolubilidad por mutuo disenso, y el legislador empieza a reconocer efectos a las uniones libres. En cuanto a los regímenes económicos matrimoniales, la reforma va a ser profunda: se abandona el sistema del *Code* de 1907 —en que el régimen legal supletorio es la *unión des biens*, y se permite adoptar en capitulaciones el régimen de *communauté* o *séparation*— y se introduce en el Ordenamiento suizo un sistema radicalmente innovador, en que el régimen legal supletorio es la *participation aux acquêts* y el único régimen convencional posible es el de separación de bienes. La normativa de la filiación ha evolucionado en el sentido de suavizar el rigor de la patria potestad —que de *puissance paternelle* pasa a ser *autorité parentale*— y reconocer únicamente la adopción plena.

El profesor Schwind, de la Universidad de Viena, expone el estado actual del Derecho familiar austriaco en *Evolution des structures juridiques de la famille en Autriche*. El legislador austriaco ha sido uno de los más activos a la hora de adaptar la normativa familiar a las actuales exigencias sociales. Integran este proceso de reforma la ley de adopción de 1960, la ley modificativa de la situación jurídica del hijo ilegítimo de 1970, la ley sobre efectos personales del matrimonio de 1975, la ley sobre el estado civil de las personas de 1976, la ley sobre filiación de 1977, la ley modificativa de los derechos sucesorios, los regímenes matrimoniales y el divorcio de 1978,

y la ley reguladora del matrimonio de 1978. El autor centra su estudio en la nueva regulación del divorcio, quizá la más original y avanzada, tanto por lo que se refiere a las causas como a los efectos. Una ley sobre el Derecho internacional privado de la familia ha culminado esta exhaustiva reelaboración de la normativa familiar austriaca.

La evolución legislativa ha sido más lenta en Bélgica, como se pone de manifiesto en el artículo de F. Rigaux, profesor de Lovaina. A la igualación jurídica de los Cónyuges se ha llegado a través de la ley de 14 de julio de 1976, y a la humanización de la autoridad paterna a través de la ley de 8 de abril de 1965, que crea el *tribunal de la jeunesse*, y las leyes de 1974 y 1976 que modifican el Código civil (capítulo dedicado a la *puissance paternelle*). Hay que resaltar también la ley 1969 que instaura la *legitimación por adopción*, y la de 1974 que admite el divorcio tras una separación por más de diez años. Pero un aspecto del Derecho familiar permanece aún en su arcaica versión decimonónica: la filiación. A pesar de la advertencia contenida en la sentencia de 13 de junio de 1979 del Tribunal europeo de los derechos del hombre, de que la legislación belga sobre la filiación natural no se ajustaba a lo dispuesto en el artículo 8 párrafo 1.º del Convenio Europeo de Derechos del Hombre, el proyecto de reforma de la filiación no ha sido aún aprobado por las Cámaras legislativas belgas.

Los dos últimos estudios del volumen que reseñamos son apasionantes: no sólo por la precavida fascinación con que los europeos meridionales contemplamos la evolución sociológica y jurídica de la familia nórdica, sino la originalidad de las aportaciones. El artículo del profesor Fokkema, de la Universidad de Leyden nos advierte la necesidad de comprender el contexto para entender las reformas legislativas culminadas y emprendidas; las primeras páginas de su estudio tienen por ello un carácter exclusivamente sociológico y cultural, de enorme interés. El estudio de Sundberg, de la Universidad de Estocolmo, es una vanidosa exaltación de Suecia como laboratorio social —*toujours un excellent terrain d'expérimentation en matière sociale...*—; su título es suficientemente expresivo: *Un regard sur la situation actuelle en Scandinavie: le Droit de la famille dans la tourmente. Les hommes du nord en marche.*

La mayor parte de las cuestiones familiares han sido reguladas en el nuevo Código civil holandés (*Burgerlijk Wetboek*) de 1970, cuya elaboración se comenzó en el año 1947. Por ello sólo una ley posterior —la del divorcio de 1971— ha completado la revisión del Derecho de familia. Un único tema está aún en proyecto: la mayoría de edad, que se pretende rebajar a los dieciocho años. En los países escandinavos la reforma se ha llevado a cabo, sin embargo, a través de numerosas leyes especiales, inspiradas todas ellas en las *Directrices para la revisión del Derecho de familia* elaboradas por el Gobierno sueco en el año 1969. La revisión ha consistido fundamentalmente en la *desmitificación* del matrimonio, al que se procura vaciar de contenido, el reconocimiento de las uniones libres y la desaparición del Derecho de familia, diluido en la protección social dispensada por el *Etat-providence*. Ante este panorama sólo cabe exclamar, con Trabucchi, *pas par*

cette voie, s'il vous plaît! Que Dieu nous garde du modèle suédois!, como escribe Reig.

El profesor Schwarz-Lieberman pone de manifiesto, en la introducción al volumen dedicado al Derecho familiar de Alemania, una dificultad que se ha manifestado en la elaboración de esta obra pero que es generalizable a toda actividad de traducción de un texto alemán a cualquier idioma latino: la dificultad de verter al francés no sólo el texto alemán —su literalidad— sino la especificidad del pensamiento germano; en este libro concreto que examinamos la tarea se ha culminado con absoluta brillantez. El primer artículo de la obra es una exégesis histórica y jurídico-política del artículo de la Ley Fundamental de Bonn dedicado al matrimonio y la familia: el extenso y ejemplar artículo 6.º. El profesor Giesen realiza a continuación un detallado examen del desarrollo constitucional en las recientes leyes reformadoras del Derecho de familia. Tras un breve examen de la forma del matrimonio, el profesor Straetz se centra en el *eheähnliches Verhältnis, wilde Ehe*, o, más eufemísticamente, *Ehe ohne Trauschein*: la unión de hecho es todavía una institución jurídicamente ignorada, con la sola excepción del artículo 122 de la Ley federal del Auxilio social (*las personas que viven en una comunidad semejante al matrimonio no deben recibir mejor trato que los cónyuges en lo que se refiere a las condiciones o la extensión de la ayuda*). Dos estudios se dedican al aspecto patrimonial del matrimonio: *Le régime matrimonial legal du BGB (La participation aux acquêts)*, del profesor Hanisch, que tiene un valioso aspecto práctico en los diversos ejemplos que aclaran el modo de liquidar las ganancias, y un interesante enfoque sociológico en el capítulo dedicado a la *conformité sociologique et la praticabilité* de este régimen económico-matrimonial. Excesivamente breve el artículo del profesor Hepting, de la Universidad de Munich, sobre los regímenes económico-matrimoniales convencionales, donde un esbozo de la evolución histórica —presidida por el signo de la restricción progresiva— da paso a una superficial referencia a la libertad capitular y a los dos regímenes convencionales regulados por el BGB —separación y comunidad—.

La ya casi secular admisión del divorcio en el Derecho alemán —aparece ya en la primitiva redacción del BGB— explica la abundante literatura jurídica sobre la materia y la madura y matizada exposición de los autores, de la que es muestra el artículo *Le divorce et ses conséquences*, del profesor de Marburgo H. Holzhauser. Entre unos breves apuntes históricos y un interesante panorama de las reformas ya iniciadas, el núcleo del estudio lo constituye un detallado análisis de los parágrafos 1.564 y siguientes del BGB, redactados de nuevo por la reciente Primera Ley reformadora del Derecho del matrimonio y la familia.

El estudio de la filiación cuenta con la valiosa aportación del ilustre profesor de Gotinga Dr. Uwe Diederichsen, que analiza, manteniendo la terminología tradicional, las normas jurídicas aplicables al *hijo ilegítimo*. Concluye el volumen dedicado al Derecho alemán con tres sucintas exposiciones —casi transcripciones— de las normas reguladoras de la adopción y la tutela, y de los preceptos de la ZPO relativos a cuestiones familiares.

La obra *Mariage et Famille en question* termina con el volumen de Derecho italiano. Más que a un comparatismo formal, dicen los codirectores de aquélla en el pórtico de este último volumen —que es también recapitulación de todos los anteriores— hay que aspirar a construir la morada de todos los europeos (¿cuentan con los españoles?), a culminar la tarea fundamental de la unidad. Se han expuesto en la presente obra los Derechos nacionales de *los países industrializados de Europa* (con absoluto silencio respecto de España), dicen los profesores Nerson y Schwarz-Liebermann, para dar una nueva dimensión a las tareas de los juristas europeos.

Inspirada tanto en la Constitución de 1947 como en el impulso reformador que ha movido a Europa en los años setenta, la reforma del Derecho italiano de la familia ha sido coetánea a la de los demás sistemas jurídicos europeos: se inicia con la ley de 1 de diciembre de 1970, que introduce, entre acaloradas discusiones, el divorcio, y continúa con las de 1975 sobre mayoría de edad y matrimonio. Las nuevas directrices son también gemelas a las del resto de Europa: dirección compartida de la familia, patria potestad igualmente compartida, igualdad de los hijos, adecuación a la verdad biológica, protección creciente a la persona del hijo e intervencionismo, también creciente, de la autoridad judicial... Tres artículos de este último volumen merecen ser destacados: *Les familles légitimes non fondées sur le mariage*, de Giovanni Cattaneo, donde se estudia la legitimación *per provvedimento del giudice* y la adopción por una sola persona; *Filiation naturelle, parenté naturelle et famille de fait*, de los profesores Bessone y Ferrando, dedicado especialmente a la unión libre; y *Les rapports patrimoniaux des époux*, de G. Gabrielli, donde, entre los demás aspectos patrimoniales del matrimonio, se analiza el nuevo régimen legal de la *comunione*, que sustituye al de separación contemplado en la redacción anterior del Código civil.

Antonio PAU PEDRÓN

MARIN PEREZ, Pascual: «Derecho civil. Relación e instituciones jurídicas. Persona y derechos de la personalidad. Objeto de la relación jurídica. El tiempo ante el Derecho y las transgresiones jurídicas». Madrid, 1983. Editorial Tecnos. Un volumen de 241 págs.

En este manual se recogen las opiniones de la doctrina civilista española, preferentemente de los profesores Castán Tobeñas, Hernández-Gil, Díez-Picazo, y otros, teniendo presente las innovaciones que parten de la Constitución de 1978.

El manual se divide en cinco partes, o «libros», comenzando el primero por la relación e instituciones jurídicas, en cuanto criterios básicos para el autor sobre el Derecho; el segundo libro o capítulo se dedica al Derecho ante la persona, los derechos de la personalidad, la persona en el Derecho civil y su perspectiva actual, la persona natural, la capacidad y sus circunstancias, la edad, el sexo, el matrimonio, la locura, la prodigalidad, la inter-

dicción civil, el concurso y la quiebra, la nacionalidad, la vecindad civil, el domicilio, la ausencia, el parentesco, el Registro Civil, los derechos de la personalidad y la persona colectiva, sus problemas jurídico, semánticos e histórico-dogmáticos, así como su tratamiento en el Derecho español.

El libro tercero trata el objeto de la relación jurídica, la distinción entre las cosas y los bienes, así como una consideración especial de las universalidades de bienes. Con el cuarto libro se acomete el tratamiento del tiempo en el Derecho y en particular de la prescripción extintiva, para concluir, en el libro quinto, con las transgresiones jurídicas en el Derecho civil, su evolución histórica y examen del ámbito comparado, los criterios para delimitar los conceptos de delito penal y civil, para, por último, hacer unas conclusiones sobre las transgresiones jurídicas a las que se puede llegar en una parte general del Derecho civil.

El manual concluye con una guía legislativa y se le añade otra de la doctrina legal, con una escueta referencia remisiva a la bibliografía contenida en otras obras.

B. C.

MILLAN, Carlos: «La incongruencia civil». Madrid, 1983. Editorial Tecnos, S. A. Un volumen de 225 páginas.

La incongruencia civil que resulta en las sentencias de los Jueces y Tribunales, al omitir el deber de resolver en conformidad con las pretensiones esgrimidas por las partes, se ha hecho actualmente más evidente y denunciable, por lo que se habla en la doctrina de una publicación o socialización del proceso civil. Efectivamente, creo que se produce con mayor intensidad una democratización de la práctica jurídica procesal, por lo cual se llega a una aminoración de los poderes omnímodos y fácticos del juzgador y se consolidan con mayor firmeza los derechos subjetivos de las partes, acentuándose su invulnerabilidad, por lo que se cumple con mayor rigor lo proclamado en la Constitución (art. 24) respecto a la tutela efectiva de los derechos e intereses de los ciudadanos.

Con este propósito se ha escrito esta monografía, muy cuidada y completa en sus aspectos legales, doctrinales y, sobre todo, jurisprudenciales, al referirse concretamente al artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, donde se prescribe al juzgador que en su tarea de sentenciar ha de hacerlo de una manera clara, precisa y congruente con lo pedido por las partes, decidiendo todo lo que haya de ser objeto de debate y advirtiendo el peligro de desnaturalización de su deber de congruencia.

Este estudio monográfico se sistematiza en cuatro partes bien definidas. Después de una introducción y de un prólogo del ilustre profesor Gutiérrez de Caviedes, la primera parte aborda el fundamento de la congruencia, con lo que se analiza el principio dispositivo, así como las nuevas corrientes y las críticas a su respecto. Un amplio desarrollo se dedica a la segunda parte, al exponer las identidades fundamentales del deber de congruencia: las preten-

siones y las contrapretensiones de las partes. Los elementos de la pretensión, la pluralidad de pretensiones y la sentencia como respuesta a la pretensión, son las cuestiones abordadas con empeño. La tercera parte trata las clases de congruencia; así, la congruencia por «ultra petita», por «infra petita», por «extra petita» y por «citra petita» u omisión de pronunciamiento, para concluir con los pronunciamientos contradictorios. Finalmente, la cuarta parte examina la denuncia de la incongruencia mediante los recursos extraordinarios (recurso de apelación, la «reformatio in peius» y el recurso extraordinario de casación).

A una síntesis final de lo tratado, se le añade una bibliografía principal sobre el tema y una relación cronológica de las sentencias más importantes que se han utilizado, extractándolas. Dos índices completos de materias o conceptos utilizados, así como de autores, ponen colofón final a este estudio completo y bien realizado.

José BONET CORREA

OGAYAR Y AYLLON, Tomás: «Efectos que produce la obligación bilateral (Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil)». Pamplona, 1983. Editorial Aranzadi. Un volumen de 194 páginas.

Estamos ante una cualificada obra, tanto por la calidad de su autor (del muy ilustre Magistrado, de todos conocido durante una fecunda etapa en el Tribunal Supremo) como por su elaboración y sus resultados. La personalidad recia de este realizador prudente de la justicia queda reflejada en la doble vertiente de su copiosa tarea jurisprudencial al igual que en la de su autoría en el ámbito monográfico. Tanto de la una como de la otra faceta se reflejan en el presente estudio, donde se advierte su fino y alto sentido por el Derecho, su penetrante capacidad interpretativa al igual que ha sido en su cotidiana realización de la justicia conmutativa.

Ahora, concretamente, al abordar alguno de los efectos que produce la obligación bilateral, consigue esa obra de madurez, profunda por su claridad en el decir y exponer, que hace fácil e inteligible lo complejo de sus presupuestos materiales y formales, tanto como adecuados y consecuentes los efectos para una razón justa respecto a los intereses de las partes en sus relaciones jurídicas. Al tratar específicamente de la facultad resolutoria que concede el artículo 1.124 del Código civil para las obligaciones recíprocas cuando una de las partes no cumpla, ante la ausencia de otras precisiones legales, el autor nos muestra la eficacia de la labor jurisprudencial en la tarea de complementar el ordenamiento jurídico. De aquí que acometa un estudio sistemático de esa doctrina legal tanto como de la doctrina científica sobre dichos efectos del incumplimiento de las partes.

La obra comienza con una breve introducción acerca de los efectos propios de la obligación bilateral a la que sucede una primera parte sobre los efectos concretos que se producen por la mora y por la excepción del contrato no cumplido («compensatio mora» y «exceptio non adimpleti contractus»).

Con una amplia segunda parte, se entra de lleno en el tema de la resolución por incumplimiento en general, donde se abordan el concepto y los precedentes históricos de la acción resolutoria, su fundamento y naturaleza jurídica por incumplimiento contractual (teoría de la condición resolutoria tácita, del pacto comisorio tácito, de la causa, de la equidad y otras teorías). Además, se hace el examen general del artículo 1.124 del Código civil, para continuar con el análisis de los requisitos materiales para el ejercicio de la acción resolutoria y de los procesales para la resolución, sus efectos, la acción resolutoria y el recurso de casación, para concluir con la resolución por incumplimiento en casos especiales (condición resolutoria expresa del artículo 1.504 para la compraventa de bienes inmuebles, sus presupuestos y requisitos y, también para el contrato de arrendamiento).

La tercera parte se dedica exclusivamente al supuesto por imposibilidad de cumplir la prestación en el caso de resolución por imposibilidad sobrevenida, refiriéndose a los riesgos en las obligaciones bilaterales y el caso de la resolución del artículo 1.452 del Código civil o condición resolutoria pactada.

Este excelente estudio se concluye con un índice bibliográfico de las obras consultadas y con un completísimo índice de las resoluciones judiciales, tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General de los Registros y del Notariado, además del índice general de la obra, que es una contribución esmerada a la civilística española.

JOSÉ BONET CORREA

RIBO DURAN, Luis: «Las sociedades de garantía recíproca: Estructura y funcionamiento». Barcelona, 1983. Bosch Casa Editorial, S. A. Un volumen de XI-349 págs.

El Real Decreto 1885, de 26 de julio de 1978, inauguraba en España la regulación de la llamada «sociedad de garantía recíproca», su régimen jurídico, fiscal y financiero. Esta normativa consta de cincuenta y seis artículos, dos disposiciones transitorias y una disposición final.

Las disposiciones generales vienen contenidas en los ocho primeros artículos. A ellas le sigue el tratamiento del fondo de garantía (arts. 9 al 12), la fundación de la sociedad (arts. 13 al 17), las cuotas sociales y derechos de los socios (arts. 18 al 27), los órganos de la sociedad (arts. 28 al 37), la modificación de los estatutos, aumento y reducción del capital (arts. 38 al 42), la contabilidad y aplicación de los resultados (arts. 43 al 46), la disolución y liquidación de la sociedad (arts. 47 al 50) y la inscripción en el Registro Especial del Ministerio de Economía (arts. 51 al 56).

Las sociedades de garantía recíproca en España —según expone magistralmente el prologuista de esta obra, el gran jurisconsulto don José Puig Brutau—, tiene por base realidades sociales y económicas que se presentan por igual en Estados con parecido nivel de desarrollo al objeto de permitir la obtención de medios económicos necesitados por la pequeña y mediana empresa.

Con este libro, su autor, un experto en la materia, hace un estudio muy completo de la nueva normativa española, que la divide en dos partes, añadiéndole un apéndice final con las disposiciones legales posteriores.

La primera parte, bajo el título «Los estatutos de la sociedad de garantía recíproca», la divide en ocho capítulos, comenzando por el primero con unas consideraciones generales respecto a este tipo de sociedad y el contenido de los estatutos sociales; le sigue, en el segundo, con la descripción de su denominación, el objeto, el ámbito, la duración y el domicilio de la sociedad, para continuar en el tercero con el tratamiento sobre el capital y las cuotas sociales. El capítulo cuarto se refiere a los socios (sus clases, altas y bajas, exclusión) y el quinto a los órganos de gobierno, analizando el sexto las garantías y el fondo de garantía, en el séptimo sobre la contabilidad y resultados (beneficios, reserva legal y censura de cuentas) y, por último, en el octavo la disolución y liquidación de la sociedad.

La segunda parte de la obra está dedicada al régimen funcional de la sociedad de garantía recíproca, donde después de unas consideraciones generales en cuatro capítulos analiza su constitución (grupo promotor, adhesión condicional de los socios, la aprobación administrativa previa, el otorgamiento de escritura, las inscripciones registrales y el control administrativo), el régimen de garantía (fianza, la concesión de garantías, su incumplimiento y extinción) y el importante aspecto del apoyo oficial a estas sociedades por un segundo aval, el régimen arancelario y la subvención de intereses.

Las disposiciones legales que se han ido sucediendo con posterioridad, respecto a la sociedad de garantía recíproca hasta la actualidad, se contienen en un «Apéndice» final, por lo que a las cuestiones interpretativas y de fondo que este ilustre autor realiza como experto especialista, añade esta faceta práctica de divulgación.

José BONET CORREA

A. ROMAN GARCIA: «El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial». Prólogo de J. L. DE LOS MOZOS, Madrid, 1983, 448 páginas.

Aborda en este importante libro el doctor Antonio Román García, profesor de Derecho civil de la Universidad de Extremadura, la polémica figura del precontrato o, más exactamente, de los precontratos, y lo hace con gran acierto con arreglo a un método de índole realista que le lleva a la conclusión de que estamos ante un *nomen iuris* que designa, en el Derecho moderno, la tutela que se dispensa a una serie de combinaciones de naturaleza contractual por la que las partes proyectan un contrato y quedan ya obligadas sin necesidad de reiterar el consentimiento sobre el objeto y la causa del mismo. Conclusión a la que llega tras examinar los escasos precedentes de la figura y el Derecho comparado, la naturaleza y el régimen jurídicos, los supuestos particulares de precontrato que nuestro Derecho contempla y las relaciones con las figuras afines; de acuerdo con el método indicado, da el autor una relevancia muy singular al estudio de la jurisprudencia, teniendo

en cuenta algo más de medio centenar de sentencias del Tribunal Supremo. Y es que este método es el idóneo para investigar un tema de esta índole, no sólo por ser el más empleado en el campo del Derecho de obligaciones, sino, además, por existir en el problema examinado una acusada disociación entre la doctrina legal y la científica.

En efecto, frente a la tesis tradicional que concibe el precontrato como un *pactum de contrahendo* que obliga a las partes al *facere* de contratar, existe, como es sabido, la concepción moderna que le entiende como un contrato perfecto por el que los contratantes acuerdan postergar su ejecución o cumplimiento a un momento ulterior. Se puede decir, por ello, que si para el punto de vista tradicional hay aquí un contrato futuro, la perspectiva moderna quiere ver una especie de contrato anticipado; mientras prevalece la primera postura en los autores menos recientes, y todavía en la doctrina del Tribunal Supremo, impera la segunda, en cambio, en los tratadistas que se han ocupado del tema después del trabajo decisivo del profesor De Castro, orientación esta última que comparte en líneas generales y desarrolla el doctor Román García, si bien no escapa a su buen criterio que es la postura tradicional la que se ajusta mejor, sin embargo, a la realidad de la jurisprudencia y, en una buena medida, a la práctica negocial.

Concebido el precontrato en estos términos no sólo es admisible al amparo de la autonomía privada, sino que está sujeto en principio, al régimen normal de los contratos. Matizaciones de relieve son, entre otras, que el consentimiento precontractual debe abarcar todos los *essentialia negotii* del contrato proyectado, el que constituye el objeto del precontrato, cuya causa es, por su parte, propia y distinta de la de este último; forma exige el precontrato sólo en los casos en que el contrato proyectado sea formal, y admite las modalidades habituales de condición, término y modo, sin que el plazo sea siempre un elemento esencial. Provoca el precontrato un efecto que el autor llama constitutivo en el sentido de que las partes quedan obligadas, no a contratar ni a desarrollar un proyecto inicial, sino, en rigor, a cumplir lo acordado; desempeña, por ello una importante función de garantía en cuanto asegura a las partes que el contrato proyectado tendrá lugar en el momento oportuno, función que puede estar reforzada o no por una cláusula penal. Incumplido el precontrato se resuelve, generalmente, en una indemnización ya que la ejecución forzosa *in natura* no sólo comporta aquí las dificultades que son propias de las obligaciones de hacer, sino que puede estar excluida, bien porque el consentimiento de los contratantes es infungible o bien porque éstos así lo han convenido. La ineficacia del precontrato, que se rige por las reglas generales, se propaga al contrato proyectado; se extinguen las obligaciones que dimanen del precontrato, en fin, por las mismas causas que las obligaciones contractuales. Señalaremos que entre los principales supuestos particulares estudia el autor con alguna detención los precontratos de compraventa, prenda e hipoteca, censo, sociedad y arbitraje, y examina, asimismo, el paralelismo del precontrato con la compraventa a prueba, con arras y de cosa futura, el contrato bajo condición o término y el contrato de opción, con el que se identifica en ciertos casos.

Es claro, pues, que estamos ante una investigación profunda y bien es-

estructurada, que representa una aportación valiosa al estudio de la contratación moderna; una buena obra, en suma, de lectura y meditación obligadas para quienes deseen iniciarse en la problemática compleja del precontrato.

Carlos VATTIER FUENZALIDA

DE LA VILLA, Luis Enrique: «Panorama de las relaciones laborales en España». Madrid, 1983. Editorial Tecnos, S. A. Un volumen de 284 páginas.

La concertación de las relaciones laborales en España ha sido muy particular y extrema. Desde una concepción arbitrista y de preponderancia empresarial que se mantiene hasta la década de los años treinta, se pasa a otra pseudo-sindical que permanece hasta el proceso de cambio político democrático; sin embargo, en un régimen económico liberal y de mercado abierto, la demagogia obrera predomina con el mantenimiento irracional y el inmovilismo del puesto de trabajo. Distantes todavía los mundos del capital y del trabajo retrasan cada vez más la tarea normal de la producción de bienes y del bienestar social.

Con la obra que ahora se da cuenta se trata de describir el panorama actual de las relaciones laborales en España; estamos ante una magnífica contribución realizada por un ilustre universitario y letrado que con mano maestra hace la síntesis y saca las consecuencias del estado de estas relaciones laborales a partir de la Constitución de 1978 y, en particular, de la dinámica que se produce en nuestro país a partir del año 1982.

El estudio de esta situación se hace en tres partes, las cuales están dedicadas a darnos un criterio objetivado de los hechos y actividades sucedidos en este ámbito laboral, así como las bases documentales y estadísticas por las que se llegan a estas conclusiones. De este modo, hay que destacar una primera parte de la obra dedicada a el «análisis de los datos» donde se parte de las claves del año 1982, en el que se contiene el desarrollo amplio sobre la política de concertación social y otro sobre la política de empleo. Aquí se habla con gracejo de la «fiebre pinta con falsas primaveras», de las luchas sindicales (por su hegemonía, por el patrimonio sindical, así como por la lucha intrasindical) para concluir con otras satíricas consecuencias respecto a los «Rodrígones para la democracia», en torno al «protagonismo del Tribunal Constitucional», «en busca del tiempo perdido» y «todo pudo siempre no ser».

La segunda parte de la obra reúne y selecciona «Documentos y materiales» de alto interés y gran curiosidad para quienes hayan de hacer la historia política de este momento en las relaciones laborales españolas; son cien páginas nutridas de documentación y de gran valor testimonial.

La tercera parte contiene los «cuadros estadísticos» donde el ilustre profesor reúne otro buen nutrido haz de materiales de todos los ámbitos interesados y protagonistas de las relaciones laborales referentes a las cifras sobre la negociación colectiva y la banda salarial, las ganancias por hora trabajada en las ramas de actividad y según las categorías profesionales,

las ganancias por trabajador al mes, la conflictividad laboral, los movimientos migratorios, la emigración continental española, las colocaciones y contrataciones, la población activa y ocupada, los expedientes de regulación de empleo, el fondo de garantía social, el paro, la evolución de los colectivos de parados, la cobertura de desempleo, los fondos especiales de protección del desempleo, el control del fraude, los centros de cotización, los recursos y gastos de la seguridad social, las pensiones, los siniestros laborales, la asistencia sanitaria y la conflictividad en magistratura. Es decir, todo un cúmulo de datos que, analizados, avalan los juicios y críticas que se contrastan en el sistema actual de las relaciones laborales.

Con un índice de materias, útil y suficiente, que facilita el manejo ágil del complejo de datos de esta obra para su aspectos concretos o buscados, se concluye este estudio sugerente, penetrante y realista del mundo laboral actual.

José BONET CORREA

«Poteri dei privati e statuto della proprietà. III. La nuova disciplina della proprietà edilizia e urbanistica». Materiales recogidos por Guido Alpa y Mario Bessone. Padova, 1982. Cedam. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Un volumen de VII-365 páginas.

El problema de la vivienda, o del acceso a una vivienda en el entorno ciudadano de Italia, es tan acuciante como en cualquier otro país industrializado del área sur europea o mediterránea con mercado abierto, donde se han de compatibilizar los intereses de los privados, el respeto a su propiedad individual, pero sin olvidar su función social, donde ejercen su predominio los modos de cooperación con la Administración pública, la que ejercita cada vez más sus condicionamientos y controles en lo que se refiere concretamente al ámbito de la construcción de dichas viviendas.

En estos últimos quince años se ha desarrollado para el sector de la construcción de viviendas una disciplina normativa concreta que ha sido objeto de comentarios, estudios y desarrollos por la doctrina italiana que ahora son recogidos y sistematizados por estos dos especialistas.

En la introducción de esta obra monográfica editada, después de explicar los motivos y el contenido de esta publicación, Bessone plantea las cuestiones que aparecen para la construcción de un edificio o casa y la normativa interventora que estableció el «Decreto Nicolazzi», tan discutido políticamente como interpretado jurídicamente.

El capítulo primero contiene las contribuciones de varios autores, como las de Angelo Clarizia, Alberto de Roberto, Francesco Brignola y Giulio Corrales, respecto a la nueva disciplina edilizia y urbanística de la primera versión del citado «Decreto Nicolazzi». El capítulo segundo reúne las innovaciones del Decreto-Ley de 23 de enero de 1982, núm. 9 y su conversión en la Ley de 25 de marzo de 1982, núm. 94, con los estudios de Pallotino, Pagano y Bonaccorsi. El capítulo tercero trata del instrumento de la concesión para la realización

de los programas de la construcción residencial pública, que abordan Annoni y Pallottino. El capítulo cuarto considera los aspectos que se refieren a la recuperación del patrimonio edilicio existente hasta ahora y la legislación regional, que son tratados por Bessone y Alpa. El capítulo quinto es analizado por Morbidelli y recoge la disciplina urbanística constructora y el destino de uso de los inmuebles.

La obra añade un amplio Apéndice, en el que se tratan ciertos problemas de coordinación de la nueva normativa con los programas de actuación de la legislación regional, las innovaciones en la legislación de arrendamientos urbanos, los aspectos fiscales, la reciente jurisprudencia constitucional y varios textos normativos comparados. De este modo, los estudios aportan la singularidad del sistema italiano al afrontar desde la esfera legal la problemática que plantea su Derecho urbanístico.

José BONET CORREA

REVISTA DE REVISTAS

II. REVISTAS EXTRANJERAS (1)

A cargo de ANTONIO PAU PEDRON,
Registrador de la Propiedad

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL Y DERECHO DE LA PERSONA

DE CUPIS, Adriano: «Sulla "depatrimonializzazione" del Diritto Privato», RDDC, núm. 4, 1982.

El profesor Donisi ha afirmado que los dos rasgos típicos del Derecho privado moderno lo constituyen la descodificación y la despatrimonialización; sin embargo, De Cupis niega esta última característica: *no puede alterarse radicalmente la estructura de las instituciones patrimoniales del Derecho privado* —afirma—, *y esto puede demostrarse en cada una de ellas*. Efectivamente, analiza sucesivamente derechos obligacionales, derechos reales, relaciones laborales, nuevas figuras contractuales —«leasing», «factoring», multipropiedad...— y demuestra su innegable patrimonialidad. Concluye severamente: las cosas deben ser consideradas en su concreta y compleja realidad, no atendiendo a perfiles y esquemas deformados e incompletos.

PARDOLESI, Roberto: «Luci ed ombre nell'analisi economica del Diritto», RDDC, núm. 6, 1982.

Con ocasión de haberse publicado una voluminosa antología sobre el análisis económico del Derecho —*Interpretazione giuridica e analisi economica*, dirigida por Alpa, Pulitini, Rodota y Romani—, el autor revisa el éxito del *economic analysis of law*, tanto en Italia como en su país de origen, los Estados Unidos. Se pone de manifiesto la vigorosa resistencia de los juristas italianos a esa amalgama entre Derecho y economía, y las discusiones que en el propio seno de la doctrina norteamericana se sostienen entre la escuela de Chicago —con Coase y Posner a la cabeza— y la escuela de Guido Calabresi. Se revisa su *teorema de Coase*, clave del análisis económico del Derecho, y se concluye animando a una amplia discusión sobre el tema.

(1) Se recensionan artículos aparecidos en las siguientes revistas italianas: «Rivista di Diritto Civile» (cit. RDDC), núms. 1 a 6 del año 1982, y «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile» (cit. RTDPC), núms. 1 a 4 del año 1982.

GALLETTA, Franca: «Il Convegno si Sassari sui quarant'anni del Codice Civile», RDDC, núm. 6, año 1982.

En septiembre de 1982 se celebró en Sassari un Congreso para juzgar al Código civil tras sus cuarenta años de aplicación. Se manifestó una opinión generalizada: su inadecuación a la realidad socioeconómica de nuestro tiempo. Hubo voces que propugnaron la reforma y voces que exigieron la íntegra reelaboración. Se habló de la descodificación y de la pérdida de protagonismo del *Código*. Se manifestó una aspiración unánime: desglosar la materia mercantil y dedicarle un texto independiente. Se llegó a la conclusión de que la crisis del Código era un reflejo de la crisis del mundo moderno.

SERRAO, Feliciano: «Diritto Romano e Diritto Moderno», RDDC, núm. 2, 1982.

El autor sostiene la continuidad del Derecho romano por el Derecho moderno, pero no una continuidad del Ordenamiento jurídico en general, sino una continuidad de las instituciones concretas. Aduce diversas razones para explicar la discontinuidad a nivel de Ordenamiento global —fundamentalmente la radical modificación de las circunstancias sociales y económicas— y apoya su tesis de la continuidad en las figuras jurídicas singulares con ejemplos del Derecho de cosas y del Derecho de obligaciones.

DE CUPIS, Adriano: «Il favor del Diritto civile per gli incapaci», RDDC, núm. 6, 1982.

Una de las características de la última fase del Derecho civil es, según De Cupis, su sensibilidad hacia los incapaces. El autor examina separadamente los mecanismos de protección en el ámbito de los derechos y de las obligaciones patrimoniales. En definitiva, se trata de un supuesto de incidencia —característico del Derecho civil, en opinión del Catedrático de Roma— del factor ético en la normativa jurídica.

GUARNERI, Attilio: «Rappresentanza», RDDC, núm. 6, 1982.

Se trata de una síntesis de las obras relativas a la representación publicadas en el trienio 1980 a 1982, agrupadas por su temática: forma y contenido del poder, representación sin poder, ratificación, conflicto de intereses. Se reseñan también las principales sentencias de la *Corte Suprema di Cassazione* sobre la materia.

OPFO, Giorgio: «L'inizio della vita umana», RDDC, núm. 5, 1982.

Sin una clara manifestación de opiniones personales, el Catedrático de Roma desarrolla los temas de la protección de la vida intrauterina y del

aborto: primero estudia las atribuciones patrimoniales hechas al nasciturus, la representación de éste y la responsabilidad derivada de daños infringidos al mismo, y se adentra luego en la exposición de la ley italiana del año 1978 sobre el aborto en la primera fase de la gestación. Tras examinar el criterio de los noventa días adoptado por el legislador, el profesor Oppo apunta diversas incoherencias de que adolece la citada ley y se plantea el problema de su constitucionalidad. Bajo el apígrafe final de *conclusiones*, el autor se limita a afirmar que toda opinión sinceramente motivada sobre este tormentoso problema debe ser respetada.

PATTI, Salvatore y WILL, Michael: «La "rettificazione di attribuzione di sesso": prime considerazioni», *RDDC*, núm. 6, 1982.

Sugestivo ejemplo de colaboración entre juristas de distinta nacionalidad —un profesor de Sassari y un profesor de Saarbrücken— que cristaliza en este artículo de extraordinario interés. Se trata de un extenso artículo sobre el llamado —no sin cierta imprecisión— *cambio de sexo*, donde el análisis comparativo tiene, lógicamente, una gran profundidad. Pero no menos interesante es la exposición de la reciente ley italiana sobre *rectificación de atribución de sexo* y la opinión de los autores sobre la actuación que corresponde, en este campo, a jueces y legisladores.

CENDON, Paolo: «Profilili della tutela della vita privata in Francia», *RDDC*, núm. 1, 1982.

Estudio del inciso primero del artículo noveno del Código civil francés, introducido en la reforma de 17 de julio de 1970 —todo hombre tiene derecho al respeto de su vida privada—, centrado en los antecedentes jurisprudenciales de la reforma y las opiniones doctrinales inmediatamente anteriores a la modificación legal. El último epígrafe se dedica a exponer, brevemente, pero de modo completo, el contenido de la ley de 6 de junio de 1978 sobre la informática, poniendo de relieve el riesgo que puede suponer para la libertad individual la acumulación de informaciones personales en *bancos de datos*, resaltando la declaración del artículo primero —*la informática no debe atentar a los derechos del hombre, a la vida privada y a la libertad individual*— y transcribiendo los preceptos que el autor considera más destacados.

SCALISI, Vincenzo: «Inmisione di rumore e tutela della salute», *RDDC*, núm. 2, 1982.

Ponencia presentada por el Catedrático de la Universidad de Mesina, profesor Scalisi, al IV Congreso Ecológico Europeo sobre invasiones de ruido. *Por su cualidad consustancial de penetrar en los espacios reservados*

a otros sujetos, el ruido supone una interferencia en la esfera jurídica ajena, y por ello suscita inmediatamente el problema jurídico de los límites dentro de los cuales pueda considerarse lícito y tras los cuales deba considerarse prohibido, comienza afirmando el autor. Las cuestiones fundamentales de la ponencia son: la tutela constitucional de la persona; el artículo 844 del Código y su regulación de las inmisiones vecinales; la contraposición salud-productividad; el derecho a la salud como garantía del bienestar físico y psíquico.

BARNINI, Claudio: «Gestaltungsgeschäfte e poteri formativi: considerazioni sul negozio giuridico unilaterale», RTDFC, núm. 2, 1982.

Estudio comparativo de la *einseitige privatautonomie Gestaltung*, estudiada por la doctrina alemana, y los *poteri formativi*, cuyo análisis ha iniciado la doctrina italiana en época reciente. El autor aporta argumentos y criterios jurisprudenciales para la elaboración de una teoría general de la autonomía de la voluntad unilateral en el Derecho italiano.

GIANNATTASIO, Carlo: «Panorama di Giurisprudenza della Cassazione», RDDC, núm. 1, 1982.

En su sección de *rassegne di Giurisprudenza*, el Magistrado Giannattasio comenta, en este primer número del año, diversas sentencias de la *Corte Suprema di Cassazione* relativas a las siguientes materias: patria potestad e imposición de nombre propio al nacido; autorización para vender bienes inmuebles de un menor sometido a la patria potestad; pensión a satisfacer como consecuencia del divorcio: determinación judicial y acuerdos de los interesados; derechos reales de goce en favor de un ente público por una duración superior a treinta años; vistas sobre calle pública y obligación de guardar la distancia; daños futuros y criterios de valoración; contrato de mutuo: naturaleza y causa; seguro obligatorio de responsabilidad civil: acción directa contra el asegurador, responsabilidad, límites y carga de la prueba; transformación de sociedades: requisitos, efectos y responsabilidad de los socios.

2. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

CONTURSI-LISI, Lylcia Gardani: «Compravendita», RDDC, núm. 5, 1982.

Exposición sintética y precisa de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales en materia de compraventa: tutela del adquirente de bienes inmuebles urbanos frente a la incidencia de la normativa urbanística, venta de bienes defectuosos, entrega de la cosa vendida, el contrato preliminar, el precontrato de venta de cosa ajena, venta de mercancías a término, venta genérica de bienes inmuebles.

FURGIUELE, Giovanni: «Contratto di locazione (Leggi speciali)», RDDC, núm. 6, año 1982.

Síntesis de información jurisprudencial sobre arrendamientos: varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre arrendamiento y uniones, de hecho y arrendamiento y condición resolutoria, numerosas sentencias del Tribunal Supremo y los Tribunales ordinarios sobre reparaciones extraordinarias, actualización de la renta, pactos contrarios a la ley y otras cuestiones litigiosas suscitadas en la aplicación de la llamada *legge sull'equo canone*.

DE LORENZI, Valeria: «Il debito. La responsabilità», RDDC, núm. 2, 1982.

Información bibliográfica y jurisprudencial sobre las siguientes materias: causas de exoneración de la responsabilidad contractual, cláusulas de exoneración, modalidades del cumplimiento, causas de extinción de la obligación distintas del cumplimiento, determinación del daño resarcible, medida de la responsabilidad en las obligaciones pecuniarias, deuda en moneda extranjera.

SANTINI, Gerardo: «I contratto «divisibili», RDDC, núm. 1, 1982.

Estudio de Derecho comparado que se centra en el análisis de la Jurisprudencia americana sobre el *divisible contract* o contrato con obligaciones divisibles y la posible aplicación de las soluciones adoptados por los Tribunales de Estados Unidos en materia de imposibilidad parcial de cumplimiento, nulidad parcial y cesión parcial de contrato, al Derecho italiano.

3. DERECHOS REALES

PUGLIESE, Giovanni: «Dalle "res incorporeali" del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni», RTDPC, núm. 4, 1982.

Tras un preciso apartado histórico —*Res corporales y res incorporeales en Gayo y en Justiniano*— y un estudio del derecho como objeto de derechos en los Códigos civiles de los siglos XIX y XX, el ilustre Catedrático de Roma emprende un brillante análisis comparativo: el concepto de universalidad y las cuestiones planteadas sobre la misma en los sistemas civiles italiano, francés y alemán. Estrechamente enlazado con el anterior, sigue otro estudio comparativo sobre la naturaleza jurídica de la empresa. Tres apartados se dedican a las creaciones intelectual, y a la posibilidad de constituir derechos reales sobre la misma. Termina el extenso artículo con una incursión en el Derecho histórico inglés y una referencia final a las llamadas *choses in action*, concepto más amplio que el de derecho subjetivo del Derecho continental.

DE CUPIS, Adriano: «*Pienezza e perpetuità della proprietà*», RDDC, núm. 2, 1982.

Artículo claro, profundo y sencillo, propio de un maestro del Derecho civil como el profesor De Cupis, en el que se plantea si la perpetuidad es un rasgo esencial de la propiedad o cabe, por el contrario, hablar también de propiedades temporales. El tema ha preocupado a la doctrina italiana, y ha suscitado diversas monografías: en sentido admisorio de la propiedad temporal, las de ALLARA (*La proprietà temporanea*, 1930) y DI PRISCO (mismo título, 1979); defendiendo la tesis contraria, las de DE MARTINO y SANTORO-PASSARELLI; manteniendo una postura intermedia, PELOSI (*La proprietà risolvibile*, 1975), que considera la propiedad temporal como una categoría intermedia entre el derecho real pleno y los derechos reales limitados o sobre cosa ajena. De Cupis aduce diversos supuestos de propiedad temporal: la propiedad superficiaria, la propiedad de los bienes sujetos a sustitución fideicomisaria, el legado a término; con gran acierto diferencia la propiedad temporal de la multipropiedad o propiedad por períodos, que no es, según De Cupis, más que una copropiedad perpetua, pero que cada condueño ejercita por un período de tiempo, determinados días del año; es interesante la relación de estudios que la doctrina italiana ha llevado a cabo sobre la propiedad por períodos, que el autor reseña en la nota décima.

CAVANI, Giovanni y GHIDINI, Gustavo: «*Verso un asseto europeo della proprietà industriale*», RTDPC, núm. 3, 1982.

El moderno fenómeno de la internacionalización de la propiedad industrial pone de manifiesto la necesidad de unificar el régimen jurídico de aquélla. El Derecho comunitario cuenta ya con un Convenio sobre patentes (firmado en Luxemburgo el año 1975), pero es necesaria una regulación más amplia. A ello va encaminada la reciente *Propuesta de reglamentación del mercado comunitario*, cuyos aspectos más destacados se exponen sintéticamente por los autores.

INZIARTI, Bruno: «*Le funzioni giuridiche del denaro nella società contemporanea*», RDDC, núm. 6, 1982.

Tras una introducción histórica sobre la evolución del dinero, el autor perfila los caracteres de la obligación pecuniaria dentro del ámbito de la teoría general de las obligaciones. Bajo el epígrafe *la obligación pecuniaria en relación con el sistema de los derechos reales* examina la naturaleza del dinero como cosa en las legislaciones y doctrinas suiza, alemana, francesa e italiana. Hay que destacar el interés y la originalidad de los tres últimos apartados: la liquidez monetaria como nueva forma de riqueza en la sociedad contemporánea, el dinero como convenio entre el Estado y los ciudadanos, las manipulaciones del convenio —ampliación de la base monetaria, devaluación, inflación—.

GALGANO, Francesco: «*Immagini della proprietà*», RTDPC, núm. 3, 1982.

Estudio de Derecho comparado sobre tres cuestiones dominicales: propiedad urbana, propiedad del capital y función social de la propiedad. Como manifestación de esta última se considera la limitación al *ius excludendi* que tiene lugar como consecuencia del derecho de reunión en la propia empresa que reconoce el artículo 20 del *Statuto dei lavoratori*.

GRANELLI, Carlo: «*Riconoscimento della servitù non trascritta e opponibilità*», RTDPC, núm. 2, 1982.

Se analizan tres hipótesis distintas: oponibilidad al tercer adquirente del fundo sirviente de una servidumbre no inscrita, pero expresamente mencionada en el acto traslativo; oponibilidad al mismo de una servidumbre no inscrita ni mencionada en el acto traslativo, pero reconocida por el propio adquirente con anterioridad a la inscripción de su título; por último, la misma hipótesis anterior, pero teniendo lugar el reconocimiento con posterioridad a la inscripción del título.

4. DERECHO DE FAMILIA

DE CUPIS, Adriano: «*Fondatezza e conservazione della dicotomia degli istituti adozionali*», RDDC, núm. 3, 1982.

Con su habitual claridad, el ilustre Catedrático de la Universidad romana plantea —y casi resuelve en el propio título de su artículo— el problema de la pluralidad o unidad en las formas de adopción. Afirmando inicialmente la conveniencia de la pluralidad, la justifica al tiempo que realiza una brillante exégesis de la normativa vigente (arts. 291 y siguientes del *Código*, reformado por ley de 5 de julio de 1967, que introduce, junto a la *adozione ordinaria*, una *adozione speciale*). Han sido numerosos los proyectos de leyes reguladoras de la adopción que se han redactado en los últimos años: cuatro de iniciativa parlamentaria y uno procedente del Gobierno; el profesor De Cupis expone sucintamente cada uno de ellos. Resume también el contenido del convenio europeo sobre adopción de menores firmado en Estrasburgo el año 1967. Concluye afirmando que adopción ordinaria y adopción especial son dos instituciones distintas, con profundas diferencias estructurales y funcionales, y confiando en que, a la vista de los últimos proyectos legislativos, subsista la dualidad.

EBENE COBELLI, Cristina: «*Il nuovo Diritto matrimoniale spagnolo*», RDDC, núm. 1, 1982.

La profesora Ebene, de la Universidad de Padua, examina con gran detenimiento la ley española de 7 de julio de 1981, reformadora del Código

civil, partiendo de los antecedentes legales y doctrinales, el marco constitucional y la discusión parlamentaria. La ausencia de bibliografía española sobre la materia en las fechas en las que la autora redacta su extenso artículo hace más sorprendente la profundidad de las opiniones y de los puntos de vista mantenidos. El análisis es especialmente detallado en los temas de separación y divorcio; el estudio de los efectos comunes de ambas instituciones se enriquece con interesantes notas de Derecho comparado.

RAGUSA MAGGIORE, Giuseppe: «Famiglia di fatto e impresa familiare», RTDPC, núm. 1, 1982.

El extenso artículo 230 bis del Código civil italiano, introducido en la reforma de 1975, regula la empresa familiar. El autor centra su estudio en el párrafo primero, en que se atribuye al familiar que presta de modo continuado su actividad laboral en la empresa familiar el derecho a ser mantenido según la situación patrimonial de la familia; ¿puede extenderse este derecho al que convive *more uxorio*? El profesor Ragusa aduce argumentos en apoyo de la respuesta negativa. ¿Cabría hablar entonces de una obligación natural de alimentar al concubino?

SANTORO-PASSARELLI, Francesco: «Poteri e responsabilità patrimoniali dei coniugi per i bisogni della famiglia», RTDPC, núm. 1, 1982.

Tras una introducción histórica sobre la potestad marital y la potestad doméstica en la primitiva redacción del Código de 1942, el autor examina la actual obligación de ambos cónyuges de sufragar las necesidades de la familia y los poderes externos que les corresponden para la satisfacción de esas necesidades.

TRABUCCHI, Alberto: «La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità», RDCC, núm. 6, 1982.

Diferencias entre paternidad biológica y paternidad jurídica, consecuencias de procreación dentro y fuera del matrimonio, fecundación artificial y trasplante de óvulo fecundado son los temas estudiados en el presente artículo por el profesor Trabucchi. Se trata de una disertación pronunciada en la clásica *Accademia dei Lincei*, y no es, por tanto, de un análisis estrictamente jurídico del tema, sino también sociológico y ético.

VERCELLONE, Paolo: «Libertà dei minorenni e potestà dei genitori», RDCC, núm. 5, 1982.

Inspirado en la reciente obra de CRISTÓFARO y BELVEDERE, *L'autonomia dei minori tra famiglia e società* (Milán, 1980), el autor analiza el ámbito

de libertad civil en que puede actuar el menor de edad, distinguiendo las limitaciones impuestas por padres y educadores y las limitaciones impuestas por aquellas personas que no tienen, respecto de él, ningún derecho-deber de custodia, sostenimiento, instrucción o educación.

ZANA, Mario: «Età matrimoniale: un problema ancora aperto», **RDDC**, número 4, 1982.

El matrimonio de los menores constituye un tema aún insuficientemente regulado en el Derecho italiano, *una gran falla* —en palabras del profesor ZANA— *del sistema delineado por el legislador con la reforma del Derecho de familia*; lo más criticable: esa imprecisa *madurez psicofísica* que, según el artículo 84 del *Codice*, ha de apreciar el *Tribunale dei minorenni* para autorizar el matrimonio de los menores de dieciséis años. El autor considera insuficientes los criterios subjetivos tenidos en cuenta por los Tribunales, que dan lugar a decisiones de muy distinto signo. Elogia el criterio sostenido por el Tribunal de Palermo en una reciente sentencia: el perjuicio que para el menor pueda derivarse de la no celebración o el retraso del matrimonio.

5. DERECHO DE SUCESIONES

ROCCA, Giuseppe: «Il divieto testamentario di alienazione», **RTDPC**, núm. 2, 1982.

Estudio denso, con exposición exhaustiva del *status quaestionis* en la doctrina y la jurisprudencia italiana, que se inicia con la indagación del concepto y continúa con el examen del aspecto negocial —la cláusula testamentaria prohibitiva— y del *aspetto comportamentale* —la conducta prohibida por la cláusula testamentaria—. Se exponen argumentos en favor y en contra de la validez de la prohibición testamentaria de enajenar y se niega su eficacia real.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

II. RESOLUCIONES

A cargo de Antonio PAU PEDRON
Registrador de la Propiedad

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

COMPRAVENTA DE BIEN GANANCIAL ENTRE CONYUGE: *No es inscribible en el Registro de la Propiedad la transmisión hecha en escritura pública por el marido a su mujer «de la participación que como ganancial le pertenece en la finca vendida». Es válida, sin embargo, y por tanto inscribible, la adquisición por uno de los cónyuges de bienes concretos de naturaleza ganancial con dinero procedente de su patrimonio privativo.* (Resolución de 2 de febrero de 1983, «B. O. E.» del 22.)

A) ANTECEDENTES DE HECHO: D. Waldo B. L. vendió a su esposa doña Carmen N. C. la participación que como ganancial le pertenecía en una finca urbana que había sido comprada por él constante matrimonio. Presentada la escritura en el Registro, se denegó su inscripción por vulnerar el sentido de comunidad germánica o sin cuotas que tiene la sociedad de gananciales; porque no cabe hablar de disposición inter vivos con efectos reales inmediatos de una cuota de bien ganancial; porque la compraventa pretendida supone una disolución parcial de la comunidad ganancial que no está prevista en el artículo 1.392 del C. c.; porque la pretendida compraventa tampoco es instrumento idóneo para cambiar la naturaleza del bien, que pasaría de ganancial a privativo de la mujer; y porque, si bien los artículos 1.323 y 1.458 autorizan una amplia libertad contractual entre los cónyuges, esa libertad se refiere tan sólo a contratos o compraventas posibles.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCION: a) *Distinción entre venta de un bien ganancial y venta de la participación ganancial de un cónyuge en el mismo.* No se trata en el presente caso de la venta de un bien por el marido a su cónyuge, sino por el contrario de la venta de la «participación ganancial» que en el mismo le pertenece.

b) *Naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales.*—Tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la de la Dirección General de los Registros vienen configurando la sociedad legal de gananciales —al igual que la generalidad de la doctrina— como una comunidad de tipo germánico, en la que el derecho que ostentan los cónyuges afecta indeterminadamente al objeto, sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división material, mientras dura la sociedad, a diferencia de lo que sucede con el condominio romano, con cuotas definidas y en donde cabe el ejercicio de la acción de división de la cosa común, y por eso en la sociedad de gananciales no se es dueño de la mitad de los bienes comunes, sino que ambos conjuntamente tienen la titularidad del patrimonio ganancial.

c) *La misma naturaleza se mantiene en la nueva regulación de la sociedad. Consecuencia de esta configuración.*—Esta concepción, que encontraba su justificación principalmente en el artículo 1.392 del C. c. anterior, aparece si cabe reforzada en la nueva redacción del vigente artículo 1.344, y supone —a salvo lo establecido en el artículo 1.373— la inalienabilidad de la hipotética participación que todo cónyuge tiene sobre cada bien que integra el patrimonio común, debido a que tanto éste como la condición de comunero es inseparable de la de cónyuge.

d) *Validez de la adquisición por un cónyuge de bienes concretos de naturaleza ganancial. Ausencia de autocontratación ilícita.*—La libertad de contratar entre cónyuges, sancionada en el nuevo artículo 1.323 del C. c., autoriza el entender permitido como regla general, la válida adquisición por un cónyuge de bienes concretos de naturaleza ganancial, ya que, de un lado, el principio de subrogación real evita que exista un perjuicio para la sociedad de gananciales al ocupar la contraprestación recibida —dinero— el lugar del bien transmitido, y de otro lado, no puede entenderse que se esté ante un supuesto de autocontratación no permitido, pues falta la contraposición o conflicto de intereses.

NOTA.—Tiene particular interés —por sus consecuencias prácticas— la reafirmación del carácter germánico de la comunidad de gananciales que realiza esta resolución que anotamos. La Dirección vuelve a perfilar la diferencia entre comunidad romana y germánica, en términos semejantes a como lo hizo la famosa resolución de 30 de junio de 1927. Esta de 2 de febrero de 1983, al hablar de *inalienabilidad de la hipotética participación que todo cónyuge tiene en cada bien que integra el patrimonio común*, en lugar de negar radicalmente la existencia de cuotas como hace la generalidad de los autores, plantea una cuestión largamente discutida en la doctrina alemana al concretar la naturaleza de la comunidad germánica. La tesis de Gierke (expresada en su *Genossenschaftsrecht*), Flume (*Gesellschaft und Gesamthand*), Von Thur (*Allgemeiner Teil...*) y, recientemente, Huber (*Vermögensanteile, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts*, 1970), es la que en la comunidad germánica el comunero no es titular ni de una cuota en el patrimonio común ni en cada uno de los objetos singulares de aquél; la posición de Gierke es más matizada: su negativa a la existencia de cuotas se refiere a la substancia de éstas (*Substanz*) no a su función de medida de valor (*Wertmasstab*).

La generalidad de los autores sostiene, sin embargo, la existencia de participaciones o cuotas en la comunidad germánica: éste era, además, según pone de relieve Weber-Grellet en su interesante estudio *Die Gesamthand ein Mysterienspiel?* (1982), el criterio del legislador histórico, como se desprende de los trabajos prelegislativos (tanto de los *protokolle* de la Comisión redactora del Código civil como del *Denkmal* y los *Motive* al proyecto de BGB). La diferencia específica de la comunidad germánica radica, según estos autores, en la exclusión o prohibición de disposiciones aisladas (*Ausschluss der Sonderverfügung*); es decir, el comunero no puede disponer de su participación ni solo ni con el asentimiento de los demás (Wolff). Pero como ya advertía Gierke, la comunidad germánica puede manifestarse con mayor o menor intensidad: hay casos de *plus an gesamter Hand* y casos de *minus an gesamter Hand*; cuando se trata de conservar no sólo el patrimonio, sino también la identidad de los partícipes (comunidad matrimonial de bienes), se excluye tanto la posibilidad de disponer de cuotas aisladas de un bien concreto, como de la cuota global en el patrimonio; cuando, por el contrario, se trata de conservar el patrimonio y tiene menos interés la identidad de los

comuneros (caso de la comunidad hereditaria), se excluyen las disposiciones aisladas de cuotas en bienes concretos, pero se autoriza la enajenación de la cuota que recae en el conjunto. Característica común a todas las comunidades germánicas es, por tanto —dice Weber-Grellet—, el que se excluya la posibilidad de que un comunero transmita su cuota en un objeto singular.

Los bienes singulares pueden, sin embargo, pasar del patrimonio separado (*Sondervermögen*) al patrimonio personal de uno de los cónyuges (*Einzelvermögen*). Si, por ejemplo —escribe Gernhuber, *Lehrbuch...*, 1980, p. 544), un inmueble común pretende transmitirse al patrimonio privativo de un cónyuge, la transmisión sólo puede verificarse por ambos cónyuges como comuneros, a favor del adquirente.

ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO SOBRE BIENES GANANCIALES:

Impagada una letra de cambio suscrita por el marido, e iniciado el correspondiente procedimiento ejecutivo, puede anotarse el embargo trabado sobre un inmueble de naturaleza ganancial, si dicho embargo se notificó a la esposa del deudor demandado. (Resolución de 28 de marzo de 1983, «B. O. E.» de 10 de mayo.)

A) ANTECEDENTES DE HECHO: En procedimiento ejecutivo seguido contra don Enrique H. H., se libró mandamiento al Registro de la Propiedad número 5, de Madrid, en el que se ordenaba la anotación de un embargo preventivo sobre una finca ganancial. El Registrador apreció el defecto subsanable de no dirigirse la demanda, además de contra don Enrique H. H., contra su esposa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 65 y 1.375 del C. c. y 144 del Reglamento hipotecario.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCION GENERAL: a) *Principios de igualdad jurídica y actuación conjunta.*—Planteada la cuestión durante la vigencia de la ley de 13 de mayo de 1981, habrán de ser tenidos en cuenta los principios en que se ha inspirado la reforma, y especialmente el principio de igualdad jurídica de los cónyuges (art. 66 del C. c., en relación con el artículo 1.328), que se traduce, en materia de administración y disposición de bienes gananciales, en una actuación conjunta de los dos esposos. (arts. 1.367 y 1.375 C. c.).

b) *Supuestos excepcionales de válida actuación unipersonal.*—Al tener que cohonestarse la norma de actuación conjunta con el respeto a la significación de la personalidad de cada esposo en la sociedad conyugal, el C. c. ha tenido que admitir supuestos de válida actuación unipersonal de uno sólo de los cónyuges en los que resultan obligados los bienes gananciales (como sucede, entre otros supuestos, en los contemplados en el artículo 1.365 C. c.).

c) *Actuación unipersonal e interés del cónyuge no contratante.*—Al estar autorizado en determinados casos uno de los cónyuges para obligar por sí solo a los bienes de la sociedad conyugal, cuando esto sucede, en las relaciones entre el cónyuge contratante y los terceros aparecerá interesado también el esposo no contratante debido a su coparticipación en la comunidad de gananciales, y habrá que tratar igualmente de cohonestar los derechos que el tercero como acreedor pueda ostentar sobre el patrimonio ganancial con los del otro cónyuge no interviniente.

d) *Aspectos externo e interno de la responsabilidad.*—El C. c. ha pretendido solucionar la cuestión distinguiendo, de una parte, el *aspecto externo de la relación*, en donde en base a la protección del tráfico, el artículo 1.369 engloba, en el mismo plano, frente al acreedor, la masa de bienes privativa del cónyuge deudor y la de gananciales como objeto de responsabilidad, y de otra parte el *aspecto interno* de la relación de los dos esposos, a fin de que mediante el reintegro entre dichas masas patrimoniales, pueda realizarse la liquidación a quien realmente corresponda (arts. 1.319 y 1.364 C. c.).

e) *Distintos supuestos de obligaciones contraídas por los cónyuges frente a terceros.*—Cabe distinguir: a) *obligación contraída por ambos cónyuges* en el ejercicio de la potestad compartida, caso en que para practicar la anotación de embargo será necesario que la demanda haya sido dirigida contra los dos esposos (solución conforme al artículo 144, 1.º del Regl. hipotecario); b) *obligación puramente personal contraída por uno sólo de los cónyuges*, de la que responde solamente el esposo deudor, con la posibilidad que al otro cónyuge la ofrece el artículo 1.373 C. c., y en donde la anotación de embargo se practicará de acuerdo con este precepto, si además se ha notificado la demanda al cónyuge no deudor (art. 144, 2.º del mismo Regl.); c) *obligación contraída por uno sólo de los cónyuges en el ejercicio de los poderes individuales que sobre la sociedad de gananciales le reconoce la Ley*, que es el supuesto que ofrece mayores dificultades.

f) *¿Necesidad de demanda conjunta en el caso de obligación contraída por uno sólo?*—La necesidad de la demanda conjunta en el último supuesto podría tener su fundamento en que el cónyuge no deudor, como cotitular de los bienes sociales, se encuentra afectado por las obligaciones que legalmente contraiga el otro esposo, y que su intervención es necesaria al objeto de determinar precisamente si la deuda existe o se encuentra comprendida en uno de los supuestos legales de ejercicio del poder individual de cada cónyuge sobre la sociedad de gananciales.

Sin embargo, un examen más detenido de la cuestión permite observar que la existencia de demanda conjunta no guardaría armonía con el carácter individual de la calidad de deudor, cualquiera que sean las masas patrimoniales que tal actuación individual haya podido sujetar a responsabilidad, ya que cuando la ley establece que uno de los cónyuges puede obligar los bienes gananciales, hay que entender este mandato legal hasta sus últimas consecuencias, que no es sólo la de poder realizar una prestación, sino también la responsabilidad aneja.

INMATRICULACION DE FINCA EN NUDA PROPIEDAD: *Cabe la inmatriculación de un finca a favor del adquirente de la nuda propiedad por la vía del número 1 del artículo 298 del Reglamento hipotecario, y en base a la escritura en la que los donantes se reservaron el usufructo y el derecho de disponer sobre el inmueble.* (Resolución de 24 de mayo de 1983, «B. O. E.» de 8 de julio.)

A) ANTECEDENTES DE HECHO: Los cónyuges don Rafael O. C. y doña Antonia R. C. donaron a su hija, doña Ceferina O. R., una finca urbana, reservándose conjuntamente el usufructo vitalicio de la finca donada, y prohibiendo a la donataria disponer de la finca donada mientras viva cualquiera de los donantes. Solicitada la inmatriculación de la finca donada, el Registrador la denegó por no acreditarse la previa adquisición del transmitente y por no transmitirse el pleno dominio de la finca a consecuencia de la reserva de usufructo.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCION: a) *La primera inscripción ha de ser de dominio, pero no necesariamente pleno.*—El artículo 7 de la Ley hipotecaria establece que la primera inscripción de cada finca en el Registro ha de ser de dominio, pero otros preceptos reglamentarios autorizan que inmatricule el titular de una cuota indivisa, el titular del dominio útil o el derecho y —en base al artículo 312— el titular de la nuda propiedad.

b) *Inmatriculación de la finca en nuda propiedad sin que se inscriba el usufructo.*—La circunstancia de que no se inscribe el usufructo —porque no lo solicite su titular— no puede suponer un obstáculo a la inmatriculación, teniendo lugar una mención de aquél, exceptuada de la regla general prohibitiva, a la que no se extenderá la fe pública registral.

c) *El artículo 298 del Reglamento trata de facilitar la inmatriculación.*—Con la finalidad de facilitar el acceso de la propiedad inmueble al Registro, la reforma del Reglamento hipotecario de 1959 —al desarrollar el artículo 205 de la Ley— estableció una serie de variados medios inmatriculadores en el artículo 298.

COMUNIDAD FUNCIONAL: *Es inscribible en el Registro de la Propiedad una escritura en la que el propietario único de un edificio subterráneo constituye una comunidad funcional, organizada y permanente, y en la que se conviene la exclusión de la acción de división y del derecho de retracto de comuneros.* (Resolución de 18 de mayo de 1983, «B. O. E.» de 1 de julio.)

A) ANTECEDENTES DE HECHO: La Compañía Mercantil «Huarte inmobiliaria, S. A.» constituyó una comunidad sobre un local comercial subterráneo destinado a garaje, mediante la enajenación de cuotas indivisas del mismo. Al perfilar la naturaleza de aquélla, se dispuso que quedaban expresa y totalmente excluidos: 1. El derecho de tanteo y retracto de cualquier comunero, en caso de venta o enajenación de la cuota indivisa perteneciente a otro comunero. 2. La acción de división de la comunidad ejercitada por uno sólo o por varios comuneros, salvo que hubiere acuerdo unánime de los mismos.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCION: a) *La L. P. H. permite alcanzar el mismo resultado persiguido.*—La Ley de propiedad horizontal puede ser aplicada para conseguir de un modo lógico y legal los resultados que se pretenden alcanzar por las partes en la escritura calificada, ya que la finca en

cuestión puede ser estimada jurídicamente como edificio o «espacio arquitectónico acotado» susceptible de ser configurado en régimen de propiedad horizontal.

b) *Régimen jurídico de la comunidad en el Derecho navarro.*—La ley 371 de la compilación de Derecho Civil Foral de Navarra establece que el régimen de las comunidades de bienes será el primer término el señalado en el título de constitución, y en su defecto, los usos y costumbres y las disposiciones de la propia Compilación, y en concordancia con este mismo criterio la ley 373, al tratar de la comunidad proindiviso, autoriza a los titulares a modificar mediante convenio el régimen de la comunidad, que valdrá entre ellos como contrato de sociedad, disposiciones todas ellas que no suponen más que un desarrollo del principio de libertad civil sancionado con carácter general en la ley 7, y de la presunción del carácter dispositivo de las normas que contiene la ley 8.

c) *Pacto de indivisión.*—Al regular la acción divisoria para poder cesar en la comunidad proindiviso existente, la ley 374 declara la validez tanto del pacto de indivisión temporal como la declaración del constituyente de la propiedad proindiviso en el mismo sentido.

d) *Carácter duradero de la comunidad funcional.*—En el presente supuesto el titular único del bien, en base a la primacía del título constitutivo —ley 371, coincidente en este punto con el art. 392 del Código civil— y debido a la existencia de una situación objetiva permanente, ha establecido unilateralmente una comunidad atípica que se separa de la incidental o romana por el carácter eminentemente duradero con que aparece configurada.

e) *Diferencia entre la comunidad incidental y la comunidad funcional.*—La distinta naturaleza de una y otra forma de comunidad se manifiesta en que la denominada comunidad incidental proindiviso se caracteriza por la nota de su inestabilidad, y porque normalmente se origina de un modo involuntario entre los partícipes, y de ahí que el Derecho estimule su desaparición a través de los instrumentos jurídicos adecuados, mientras que en la comunidad funcional, pactada por la voluntad de quienes la crean, existe un destino común, y en tanto subsiste esa situación objetiva no cabe el ejercicio de la acción de división.

f) *Exclusión del retracto de comuneros.*—En cuanto al retracto de comuneros, la Ley 372 se limita a remitirse al Código civil, y en Derecho común puede el mismo ser eliminado de acuerdo con los artículos. 392 y 1.255 del Código civil por la voluntad de los interesados, dado su diverso fundamento respecto de otros retractos legales, como el enfiteútico o el arrendaticio.

NOTA.—Resolución de extraordinario interés, en la línea del equilibrado progresismo que caracteriza a la Jurisprudencia hipotecaria. La comunidad funcional, que adquiere ahora carta de naturaleza en nuestro Derecho —obsérvese que el recurso se plantea en Derecho navarro, pero la resolución extiende su doctrina al Derecho común—, responde a una exigencia social in-

debidamente ignorada por el rígido romanismo de los textos legales. Nuestra época demuestra que no toda comunidad es antieconómica y odiosa, como se dijo en otro tiempo —*gesamt Gut, verdammt Gut; communio est mater discordiarum*—; basta pensar en los elementos comunes de las urbanizaciones privadas, en los garajes en comunidad, o en la moderna figura de la multi-propiedad o propiedad por períodos. ¿Por qué medir las dos comunidades—cabe preguntarse, como ya lo hizo Pelayo Hore en un artículo publicado en el año 1942— con el mismo rasero de prevención y desconfianza?

Las diferencias fundamentales entre comunidad incidental y comunidad funcional residen en su *origen*, que es normalmente involuntario en la primera y siempre voluntario y querido en la segunda; en su *duración*, que es transitoria y circunstancial en la comunidad incidental, mientras que es permanente y estable en la funcional; en sus *finés*, pues si la primera no se orienta a un fin o destino común de los partícipes, la segunda persigue un destino común; en la *organización*, ausente en la incidental y ordinariamente, estructurada en la funcional. Por exigencia de su naturaleza voluntaria, permanente, finalista y organizada, la comunidad funcional no puede estar sujeta a la acción de división ni al derecho de retracto, pues ambos mecanismos persiguen su desaparición.

Ahora bien, la renuncia de estos derechos, ¿puede ampararse en el carácter dispositivo de la normativa sobre la comunidad, o da lugar a una comunidad atípica, regida por principios distintos de los que inspiran la regulación legal? Beltrán de Heredia (*La comunidad de bienes en el Derecho español*, pág. 194) opina que, como excepción a la autonomía de la voluntad que rige en la materia, el artículo 400 del Código civil es una norma inderogable. Díez-Picazo (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, pág. 775) afirma, en este mismo sentido, que el *derecho o facultad de pedir la división debe ser considerado como irrenunciable*, y Díez-Picazo y Gullón (*Sistema del Derecho civil*) no ven más límite a la facultad divisoria que los derivados de la existencia de un pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado y de la objetiva indivisibilidad de la cosa común, caso este último en que cabe la extinción de la comunidad por la solución del artículo 404. Sin embargo Pelayo Hore (*La indivisión perpetua en el Código civil*, R.D.P., año 1942, pág. 462) encuentra apoyo para lo que él denomina *comunidad social*—fiel trasunto de la comunidad funcional— en una interpretación conjunta de los artículos 401 y 404 del Código civil. También Casado Pallarés (*La acción communi dividundo y la propiedad sobre pisos y habitaciones*, R.D.P., 1930, págs. 134 y ss.) había defendido la indivisión indefinida en base a la literalidad del artículo 401: la frase *no podrán exigir la división de la cosa común* equivale, en opinión de este autor, a *no podrán exigir la disolución de la comunidad*. En el mismo sentido se ha pronunciado recientemente Brioso Escobar (*Cuestiones sobre la comunidad de Derecho romano y la facultad de pedir la división*, R.D.N., año 1980, pág. 7), fundamentando la indisolubilidad en el destino de la cosa común, y puntualizando agudamente ese concepto clave del fin colectivo.

INSCRIPCIÓN DE MARISMAS: *No puede el Registrador, a petición del titular registral de una inscripción de concesión administrativa de marismas, proceder a su conversión en inscripción de dominio, dada la carencia de elementos que ofrece esa declaración unilateral, y la ausencia de datos registrales que revelen la adquisición del dominio de los terrenos deseados.* (Resolución de 20 de junio de 1983, «B. O. E.» de 20 de julio.)

DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Distinción, en la Ley de Puertos de 1880 y la Instrucción de 1883, entre terrenos ganados al mar y marismas, y, dentro de estas últimas, entre insalubres y no insalubres.*—El artículo 57 de la Ley de Puertos de 1880 y el artículo 22 de la Instrucción de 1883 distin-

guían, de una parte, entre terrenos ganados al mar, en donde tras la realización de las obras pertinentes se adquiriría la propiedad por el concesionario, y de otra, las marismas, en las que se distinguían aquéllas que habían sido declaradas insalubres —cuya desecación daba lugar a que, una vez ejecutadas las obras con arreglo al Proyecto aprobado por la Administración, el concesionario adquiriera el dominio de las marismas—, y aquellas otras no declaradas insalubres, en las que sólo se otorgaba una concesión perpetua.

b) *Criterios de la Ley Cambó de 1918, la Ley de Puertos de 1928, la Ley de Patrimonio del Estado de 1964 y la vigente Constitución española.*—La denominada Ley Cambó de 24 de julio de 1918 acentúa incluso la protección con subvenciones y beneficios tributarios al concesionario, y en la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928 se prevén las concesiones de marismas a perpetuidad, si bien el artículo 126 de la Ley de Patrimonio de Estado de 1964 ya sostiene un principio más restrictivo, que se refleja posteriormente en el artículo 132, 3.º de la vigente Constitución.

c) *Efectos del negocio concesional.*—La singularidad provocada por el negocio jurídico concesional ha motivado copiosa jurisprudencia y literatura, que manifiestan que el derecho al aprovechamiento puede implicar la propiedad privada del terreno por la pérdida de su condición de dominio público. Cuando se ha producido el evento que origina esta conversión jurídica, la concordancia que ha de existir entre el Registro y la realidad jurídica extraregistraral permite el acceso a sus libros de la nueva titularidad dominical.

Por el contrario, en el presente caso la desafectación de los terrenos y su conversión en bienes de propiedad privada no aparece con la debida claridad en los documentos transcritos en los asientos registrales.

NOTA.—Una luminosa exposición histórica del tema puede verse en el artículo de Fernando López Ramón, *Consideraciones sobre el régimen jurídico de las marismas*, R.A.P., año 1981, pág. 33 (en la nota 12 hay un exhaustivo índice de Jurisprudencia). De gran interés también como intento de clarificación y exposición de la normativa vigente, el estudio del profesor Morell Ocaña, *La concesión de marismas y el artículo 126 de la Ley del Patrimonio del Estado*, R.A.P., año 1972, pág. 137; el autor plantea la discordancia entre el artículo 126 de la L.P.E. —que establece un plazo máximo de duración de toda concesión administrativa— y la normativa propia de la concesión de marismas, en la que se prevé específicamente la perpetuidad o, más exactamente, la irreversión del objeto concesional. Los autores citados parten de premisas distintas: para Morell, las marismas son bienes de propiedad privada del Estado, mientras que para López Ramón son bienes demaniales. Completa la bibliografía reciente el artículo de J. M. de la Cuetara, *El destino de los terrenos obtenidos por concesión de desecación de marismas*, publicada en la R.D.A.F. de La Coruña, año 1978, pág. 39.

La Dirección había tratado ya el tema de las marismas en la Resolución de 20 de diciembre de 1977; tanto en el supuesto de esa resolución como en el de ésta que anotamos, se pretende obtener una rectificación de error cometido en asientos registrales, aunque no se exprese con claridad, y se hable, impropriamente, de una *transformación* o *conversión* de inscripciones.

SOCIEDAD DE GANANCIALES; PRESUNCION DE GANANCIALIDAD: *No cabe rectificar el contenido de un asiento haciendo constar el carácter privativo de un bien inscrito sin prejuzgar su naturaleza privativa o ga-*

nancial (antiguo artículo 95, regla 2.ª del Reglamento Hipotecario), en base a la solicitud del propio titular registral acompañada de la escritura de compraventa inscrita a su favor y de fotocopia de dos escrituras en las que aparece como vendedor de inmuebles que eran de su propiedad. Resolución de 20 de enero de 1983, «B. O. E.» de 4 de febrero.)

A) ANTECEDENTES DE HECHO: Don Mariano B. N. adquirió en el año 1968 una vivienda, manifestando en la escritura que la compra se llevaba a cabo con dinero de su exclusiva pertenencia, como consecuencia de la venta de bienes de su propiedad —que constaba en escritura pública—, aseveración que fue corroborada por su esposa. La expresada escritura fue inscrita conforme al artículo 95, 2.ª, R. H.

Presentada en el Registro, en diciembre del año 1981, una instancia en que se solicitaba la extensión de una nota marginal en que se consignase que el piso adquirido era privativo del solicitante, fue calificada negativamente por el Registrador por no considerarse justificado, de forma indubitada, que el precio de la compra del piso se pagara con dinero que tuviera carácter privativo.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCION: a) *Presunción de ganancialidad y forma de desvirtuarla.*—La vis atractiva favorable a la ganancialidad de los bienes se había manifestado en la fuerte presunción del artículo 1.407 del Código civil, que motivó una rigurosa interpretación jurisprudencial acerca de la justificación necesaria para destruir esta presunción legal, que había de desvirtuarse de manera cumplida y satisfactoria para poder apreciar así el carácter privativo de la adquisición.

b) *Dificultad de probar la procedencia del dinero invertido.*—La nueva presentación por el recurrente de la escritura de compraventa ya inscrita, unida a las otras dos en que vendió bienes privativos con los que obtuvo un precio que se indica reinvirtió en la adquisición del inmueble discutido, plantea la ardua cuestión de la prueba de la procedencia del dinero reinvertido.

c) *Las dos escrituras de venta que se acompañan no demuestran la reinversión.*—En este supuesto concreto, los documentos aportados no demuestran de un modo auténtico que la cantidad ingresada en el patrimonio del recurrente haya sido reinvertida en la adquisición del inmueble.

NOTA.—La Dirección ha puesto reiteradamente de relieve *la dificultad de la prueba del origen del precio*; sin embargo, ha procurado facilitar esta demostración del carácter privativo del precio o la contraprestación. La lejana Resolución de 22 de mayo de 1895 excluyó la prueba mediante documento privado acreditativo de un préstamo de fecha anterior al matrimonio, y la de 17 de enero de 1913, las declaraciones testificales. La importante Resolución de 13 de septiembre de 1926 exige *la aportación de documentos que demuestren de modo auténtico el ingreso de cierta cantidad en el patrimonio peculiar de la mujer casada*, requisito que se reiteraría en las Resoluciones de 9 de diciembre de 1943, 19 de junio de 1975 y 23 de julio de 1979, y pasaría a la nueva redacción del Reglamento (tras la reforma de 12 de noviembre de 1982), que exige *prueba documental pública* en el aparta-

do 2.º del artículo 95. *Desde luego, un criterio con exceso riguroso —escribe La Rica en sus «Comentarios»— nunca consideraría completa la prueba sino cuando el precio de una enajenación hecha por la mujer quedase sobre la mesa del Notario autorizante y con las mismas monedas se pagase, acto seguido, el precio de la adquisición realizada por aquélla, dando de ello fe aquel funcionario. Pero no es obligatorio llegar a tal extremo, que difícilmente tiene lugar en la práctica, y lo cierto es que existen muchos casos en que el Registrador adquiere la plena convicción de que el precio se paga con dinero privativo de la mujer, aunque la prueba material no sea concluyente. No cabe dar reglas sobre materia tan difícil, sometida al arbitrio del Registrador atemperado por la sana crítica.*

La presente resolución considera que, en el supuesto concreto planteado, no queda demostrada la privatividad de la cantidad reinvertida. Pero los motivos no quedan totalmente aclarados: ¿la insuficiencia de los medios de prueba de que ha dispuesto el Registrador al calificar y la Dirección al resolver? ¿El que una de las escrituras de venta otorgadas por la mujer fuese tras años anterior a la de compra? ¿El que únicamente se aportase fotocopia de tales escrituras, cuestión en la que el Centro Directivo no entra por haberla planteado el Registrador en el informe, contra lo dispuesto en el artículo 117 del Reglamento?

La aseveración de privatividad hecha en el año 1969 por el cónyuge del adquirente —ya fallecido—, pretende el recurrente que produzca los efectos del nuevo artículo 1.324 del Código civil. Sin embargo, al apelar del auto presidencial, el mismo recurrente afirma que nunca ha tratado de que los artículos 1.323 y 1.324 en su actual redacción se apliquen a una situación surgida bajo el imperio de la legislación anterior. La Dirección no entra por tanto a examinar la cuestión.

AGRUPACION DE LOCALES: 1.º *Agrupación de locales pertenecientes a distintos edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal: Es inscribible la agrupación registral de cinco fincas urbanas subterráneas distintas que de hecho constituyen un solo y único garaje, pero tres de las cuales son locales integrados en sendos edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal.*

2.º *Comunidad funcional: Se reitera la doctrina de la Resolución de 18 de mayo de 1983. (Resolución de 27 de mayo de 1983, «B. O. E.» de 8 de julio.)*

A) ANTECEDENTES DE HECHO: La Compañía «Anónima Vasco-Navarra de Construcción» procedió a agrupar cinco locales —subterráneos y contiguos— de que era propietaria, los cuales forman parte de tres edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal, y a constituir una comunidad sobre la finca agrupada. Se hacía constar en la escritura que la agrupación registral formalizada se entendía sin perjuicio de que los locales de sótano siguieran integrados en las respectivas comunidades en propiedad horizontal. En cuanto al régimen jurídico de la comunidad, quedaban totalmente excluidos tanto el retracto de comuneros como la acción de dimisión.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCION: a) *Vacío legal respecto de las agrupaciones de locales o pisos pertenecientes a distintos edificios, e integración del mismo.*—La Ley de Propiedad Horizontal no pudo plantearse, por tratarse de un fenómeno social posterior, la posibilidad de agrupaciones de locales o pisos pertenecientes a diferentes edificaciones, por lo que existe un

vacío legal, que hay que tratar de llenar a través de construcciones jurídicas que no violenten las normas legales ni los principios inmobiliarios registrales, y particularmente el principio de especialidad.

b) *Unidad orgánica de la nueva finca resultante de la agrupación.*—Es indudable que la agrupación realizada constituye un todo orgánico o unitario que podría ser susceptible de figurar como unidad registral, ya que en principio tanto la L. H. —art. 8— como su Reglamento —art. 44— prevén la posibilidad excepcional de agrupaciones que aun no reuniendo los requisitos generales establecidos para este tipo de operación registral, en base a determinadas circunstancias prácticas se autoriza su realización.

c) *Criterio favorable de la legislación y la jurisprudencia hipotecaria a la registración de unidades orgánicas.*—La Dirección General ha admitido, en este mismo sentido, la posibilidad de agrupaciones en los supuestos de urbanizaciones privadas, precisando la Resolución de 2 de abril de 1980 que la L. H. y su Reglamento mantienen un favorable al acceso al Registro de aquellas unidades orgánicas por diferentes fincas, siempre que aparezca salvaguardado el sistema y no se alteren los principios registrales.

d) *Subsistencia sustantiva y registral de las fincas agrupadas.*—Es característica general de todas estas agrupaciones excepcionales la de que no obstante la agrupación, una o varias o todas las fincas agrupadas no se extinguen totalmente desde el punto de vista sustantivo, sino que subsisten a ciertos efectos, y en el orden registral su folio particular anterior no queda cerrado.

e) *Innecesidad de número y cuota de la nueva finca resultante de la agrupación.*—La nueva finca creada, por ser independiente de los tres edificios ya existentes divididos en régimen de propiedad horizontal, no requiere se le dé número correlativo conforme al artículo 5.º de la L.P.H., ni tampoco una cuota correspondiente en relación al edificio de que forma parte.

f) *No hay creación de locales independientes, y por tanto no hay vulneración del artículo 16, 2.º de la L.P.H.*—En la agrupación realizada no hay vulneración de la norma 2.ª del artículo 16 de la L.P.H., ya que no ha aumentado el número de propietarios con derecho a voto, pues al no haberse operado ninguna división material del local, no hay creación de nuevos locales independientes con nuevos titulares.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. SENTENCIAS COMENTADAS

UNA TEORIA ECONOMICA SOBRE LA MERCANTILIDAD DE LA COMPRAVENTA

(A propósito de la STS de 12 de diciembre de 1981)

CANDIDO PAZ-ARES,

Departamento de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: 1. *Los términos de la discusión.* 2. *La sentencia: hechos y derecho.* 3. *Hipótesis de trabajo y sistema de la exposición.*—II. TIPOLOGIA DE LAS COMPRAVENTAS: 4. *La indivisibilidad del criterio de asignación de la mercantilidad. Referencia al problema de los sujetos y de los objetos de la compraventa mercantil.* 5. *El tipo de la «compra para revender».* Aproximación a la ratio del artículo 325 C. de C. 6. *El tipo de la «compra para uso o consumo personal».* Crítica de la doctrina de la mercantilidad de la reventa. 7. *El tipo de la «compra para uso o consumo empresarial».* Reducción teleológica del artículo 326, 1.º, e integración analógica del artículo 325 C. de C. 8. *Recapitulación.*—III. TEORIA ECONOMICA DE LA COMPRAVENTA MERCANTIL: 9. *La compraventa mercantil y la teoría del capital de la economía clásica.* 10. *El objeto de la compraventa mercantil: la adquisición de capital real.* 11. *El precio de la compraventa mercantil. La compraventa mercantil como cauce jurídico del ciclo complejo de circulación del capital.* 12. *Consideración final.*

I

1. Cuando la discusión de un problema jurídico acaba por hacerse interminable y apenas fructuosa, pocas serán las ocasiones en las que el mal no se encuentre en una estipulación incorrecta o en un planteamiento inexacto de la pregunta; o incluso en la insuficiencia de los instrumentos y métodos aplicados en la indagación. En este pequeño estudio me propongo reconsiderar una de esas viejas e interminables cuestiones, en torno a las cuales el debate doctrinal está embarrancado, por decirlo de alguna forma, en un punto muerto. A tales efectos, me esforzaré sobre todo por identificar *cuál es el punto de vista correcto* para abordar el problema, valiéndome para ello de algunas de las categorías de análisis que nos suministra la economía política. Sólo a través de esta vía —me parece— cabe la esperanza de avanzar por el camino de su definitivo esclarecimiento. Como del título del trabajo se desprende, el problema a examinar es el relativo

a la «mercantilidad de la compraventa». Se trata, como de todos es bien sabido, de un asunto alrededor del cual los iusprivatistas españoles se han visto divididos en dos grandes bloques que, *grosso modo*, podemos decir coinciden o se corresponden con los formados por los civilistas y por los mercantilistas. En la disputa, como también resulta bien conocido, la jurisprudencia de casación se ha alineado, con muy escasas vacilaciones, del lado de los tratadistas de derecho civil; y precisamente de ese alineamiento civilista nos proporciona un ejemplo inmejorable la sentencia que motiva estas páginas. A grandísimos rasgos —y obviando por ahora descender a un análisis más particularizado de los supuestos de hecho conflictivos— los términos en que se plantea el problema son los siguientes: hay acuerdo en considerar como compraventa mercantil toda adquisición que realiza un comerciante de los géneros que se propone revender; sobre este punto —como no podía ser menos a la vista del artículo 325 C. de C.— reina unanimidad total. La división se produce en el momento siguiente de la disputa: mientras que para los civilistas las adquisiciones de bienes muebles que no se destinen a la reventa constituyen en todo caso compraventas civiles, para los mercantilistas tales negocios, es decir, las «reventas» efectuadas por los comerciantes, deben reputarse mercantiles. A mi modo de ver, ambos planteamientos tienen parte de razón y parte de equivocación; por consiguiente, lo que nos parece oportuno es explorar una vía intermedia. Operando así, estaríamos de acuerdo con los civilistas en considerar como compraventas civiles las adquisiciones de bienes cuya finalidad sea el uso o consumo personal del comprador; mas no estaríamos, en cambio, de acuerdo en calificar asimismo de civiles aquellas otras adquisiciones efectuadas por un empresario para uso o consumo empresarial: en este punto, por tanto, coincidiríamos más bien con los mercantilistas. La coincidencia, sin embargo, residiría más en la conclusión que en el itinerario argumentativo seguido, como tendremos ocasión de poner de manifiesto (1).

De este breve planteamiento se deduce ya que es justamente el último de los supuestos nombrado —*la adquisición para uso o consumo empresarial*— el que metodológicamente nos parece clave para entender la teoría de la mercantilidad que subyace a ese oscuro entramado normativo que forman los artículos 325 y 326 C. de C.

2. Y precisamente por esa razón viene a cuento la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1981, pues en ella se contempla una hipótesis de esa categoría de compraventas que acabamos de llamar y seguiremos llamando «compras —o adquisiciones— para uso o consumo empresarial». Prescindiendo de detalles que no hacen a los efectos aquí perseguidos, los hechos relevantes pueden quedar relatados del siguiente modo: Santiago Santisteban, industrial avecindado en Laredo, construye cuarenta y un pisos,

(1) Para una síntesis completa del panorama doctrinal, v. F. VICENT CHULLA, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Valencia, 1982, II, pp. 234-242. En estas páginas se encuentra la noticia más reciente sobre el *status quaestionis* en la literatura española, a la que, en general y salvo escasas y necesarias excepciones, habremos de ceñirnos en estas reflexiones.

para cuyo terminado —y más concretamente, para el raseado de techos y paredes— adquiere de la empresa Productos Dolomíticos, S. A., un producto denominado «Hidrocal». Una vez finalizadas las obras y vendidas las viviendas, los adquirentes de las mismas comienzan a observar la aparición en techos y paredes de ciertos caliches, producidos, al parecer, por el «Hidrocal». Como consecuencia de ello, reclaman de Santiago Santisteban una determinada cantidad, que constituye el importe de las reparaciones que han debido efectuar para hacer desaparecer de sus casas los mencionados desperfectos. Por su parte, Santiago Santisteban, después de varias gestiones infructuosas, demanda a Productos Dolomíticos, S. A., a fin de que le sean reembolsadas las cantidades que ha satisfecho a los vecinos de sus pisos. El juez de primera instancia desestima la demanda. La Audiencia Territorial, sin embargo, revoca la sentencia y condena a Productos Dolomíticos, S. A., a pagar a Santiago Santisteban la indemnización reclamada (equivalente, ciertamente, al importe de las reparaciones). La sociedad condenada recurre la sentencia del Tribunal de Apelación ante el Tribunal Supremo, alegando a tales efectos varios motivos de casación. De éstos, aquí únicamente interesa considerar el quinto, que es el que afecta a la calificación mercantil de la compraventa. A través del mismo se denuncia violación, por inaplicación, del artículo 325 C. de C. y, en relación con él, de los artículos 336 y 342 del mismo cuerpo legal. Téngase en cuenta que la Audiencia había considerado civil la compraventa y, consiguientemente, había estimado aplicables al caso los artículos 1.461, 1.484 y 1.486 CC. Como no será difícil advertir, toda la defensa de la sociedad demandada (ahora recurrente) se articula alrededor de la afirmación de que la venta del «Hidrocal» a Santiago Santisteban es un negocio de carácter mercantil por hallarse dentro de las previsiones del artículo 325 C. de C., al que, por tanto, son de aplicación los plazos de caducidad brevísimos que estipula el Código de Comercio en el artículo 336, 2.º y, en su caso, en el artículo 342. Pues de ser aplicables estos plazos —el de cuatro y aún el de treinta días— la sociedad recurrente se vería libre de cualquier responsabilidad *por vicios* (2).

(2) En realidad el caso es más complicado. La síntesis que se ofrece en el texto constituye una reformulación de cómo debiera, a mi juicio, haberse planteado el problema. La cuestión estriba —como es sabido— en que el Tribunal Supremo admite la compatibilidad (bajo ciertas condiciones) de las acciones de saneamiento y de las acciones generales de responsabilidad contractual por incumplimiento del artículo 1.101 CC.; la razón de fondo que inspira esta compatibilidad estaría en la creencia de que la entrega de cosa defectuosa es una forma de incumplimiento (v. al respecto las acertadas precisiones críticas de A. M. MORALES, «El alcance protector de las acciones edilicias», en ADC 33 [1980], pp. 678-682). Siendo así, se advierte ya que el problema de la calificación civil o mercantil del contrato pierde parte de su importancia, pues transcurridos los plazos de los artículos 336 y 342 o el plazo semestral del Código Civil, el Tribunal podría condenar a Productos Dolomíticos a indemnizar a Santiago Santisteban en base al ya mencionado artículo 1.101, cuya acción prescribe a los 15 años (art. 1.964 CC.). Y decimos esto, porque, evidentemente, si el artículo 1.101 CC. se hace compatible, por ejemplo, con el artículo 1.486, no hay razón en principio para no pensar que bajo las mismas condiciones también será compatible con los artículos 336 y 342 C. de C. (para una valoración crítica de esta compatibilidad,

El Tribunal Supremo desestima la pretensión contenida en el recurso y confirma la sentencia de la Audiencia afirmando —en contestación al motivo quinto ya expuesto, que es el capital— el carácter estrictamente civil de la compraventa en discusión y entendiendo, por consiguiente, que no son de aplicación al caso los ya referidos preceptos del Código de Comercio. El Tribunal Supremo, pues, toma partido una vez más en favor de las tesis civilista, a tenor de la cual únicamente las «compras para revender» pueden ser consideradas de naturaleza mercantil, lo que de rechazo supone catalogar los demás tipos de compraventa —tanto las «compras para uso o consumo personal» como «las compras para uso o consumo empresarial»— en la esfera del derecho civil (3). He aquí, en sus pasos principales, la argumentación central de esta resolución:

v., entre otros, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, «La naturaleza jurídica de las acciones redhibitorias y estimatoria en la compraventa», en ADC 22 [1969], pp. 812-813). En todo caso, este problema no tiene ninguna importancia a los efectos del asunto que aquí nos incumbe considerar: «la mercantilidad de la compraventa».

(3) A decir verdad, desde un punto de vista estricto, podría dudarse de la exactitud de la clasificación que del caso examinado efectúa el Tribunal Supremo. Podría dudarse entre clasificarlo dentro del grupo de «compras para uso o consumo» o dentro del grupo de «compras para revender». En todo caso, a los efectos de nuestra exposición, este problema carece de relevancia, porque el Tribunal Supremo, al insertar el supuesto —la compraventa del «Hidrocal»— entre las «compras para uso o consumo» (empresarial, añadimos nosotros), lo enjuicia desde esa perspectiva. Como lo que aquí interesa no es el juicio del caso sino el juicio de la categoría general de las «compras para uso o consumo empresarial» lo damos por bien clasificado. Esta precisión era obligada porque algunos meses más tarde el juez de casación vuelve a tener ocasión de manifestarse sobre otros dos casos estructuralmente idénticos al relatado: en la STS/12-III-1982 (Rep. Ar. 1372/1982) sobre un supuesto de compraventa de parquet para el solado de un edificio; y en la STS/23-III-1982 (Rep. Ar. 1500/1982) sobre una compraventa de tabiques prefabricados. En estas dos resoluciones —aunque se trataba de un supuesto idéntico al expuesto en el texto (los tres eran compraventas entre empresarios de materiales de construcción)— se califica el negocio de mercantil. Por ello es preciso puntualizar: *primero*, que —como hemos dicho— a los efectos de este estudio tomamos el supuesto de la sentencia de 12-XII-1981 como si fuese (aunque realmente no lo fuese) un caso de «compra para uso o consumo empresarial»: en este sentido, lo mismo hubiese importado si el caso hubiese consistido en la adquisición de una máquina excavadora, de un artefacto para hacer cemento o de petróleo para hacer funcionar las grúas (que éstos, sí, son ejemplos paradigmáticos de «compras para uso o consumo empresarial»); *segundo*: que en las dos sentencias de marzo de 1982 se califica de mercantil la adquisición de materiales de construcción, por entender el Tribunal Supremo que se trataba de una «compra de productos para revender transformados». Por ello carecen de interés a nuestros fines. Otra cosa hubiese sido si el Tribunal, una vez considerados los casos como «compras para uso o consumo empresarial», hubiese mantenido la calificación de mercantilidad.

Nos queda por decir que el caso expuesto en el texto corresponde a la STS/12-XII-1981 (Rep. Ar. 5280/1981). Para la realización de este estudio hemos utilizado, sin embargo, una copia del original de la sentencia, a la que, por consiguiente, deben entenderse referidas las citas. Para una primera aproximación a este pronunciamiento del Tribunal Supremo reenviamos al favorable comentario que de él efectúa J. M. DE LA CUESTA RUTE, en LA LEY 413 (10-V-1982), pp. 1-6.

Para que se produzca «fáctica y jurídicamente situación de compraventa mercantil [es absolutamente imprescindible] que se trate de la compra de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa, que no es la situación producida en el presente caso, al haber sido adquirido el producto «Hidrocal» por don Santiago Santisteban Gómez [...] no para ser vendido, en la misma forma o en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa, sino para ser aplicado al raseado de techos y paredes [...] lo que provee de carácter estrictamente civil a dicha compraventa, con la consiguiente aplicación de la normativa contenida en los artículos mil cuatrocientos sesenta y uno [1.461], mil cuatrocientos ochenta y seis [1.486] del Código Civil y el efecto indemnizatorio sancionado por el artículo mil ciento uno [1.101] del mismo cuerpo legal sustantivo, a causa del cumplimiento irregular del contrato por parte de Productos Dolomíticos, S. A....».

El razonamiento que le lleva a esta conclusión proviene básicamente de la inteligencia del Código de Comercio según las pautas del *sistema objetivo*. Estas son las palabras del juzgador de casación que nos parecen más significativas al respecto:

«... estando influido nuestro Código de Comercio, para calificar la compraventa mercantil no por el sistema subjetivo en el cual es venta mercantil toda venta que sea acto de comercio para el vendedor o para el comprador, o para ambos [...], sino por el *sistema objetivo*, en el que se prescinde de la profesión del sujeto para atender sólo a la intención de ese sujeto, de tal manera que se sustituye el concepto de compra profesional por el concepto de compra de especulación...»; estando así las cosas, de todo ello se infiere que «... la compraventa mercantil descansa no sobre la venta misma, sino sobre la venta de lo comprado, manteniéndose así al respecto en el Código de Comercio, concretamente a medio de su artículo trescientos veinticinco [325], el concepto económico como instrumento jurídico de mediación entre los que producen y los que consumen, *con dominio en consecuencia de la finalidad mediadora, que se exterioriza en la reventa de la cosa mueble comprada*, de tal modo que la intención pasa a ser lo esencial, mientras que la profesión del que compra o vende pasa a ser elemento secundario o irrelevante...» (4).

En resumen: la adquisición de bienes muebles para uso o consumo empresarial no es mercantil y, por tanto, reviste carácter civil por no tener —viene a decir el Tribunal Supremo— *una finalidad mediadora en el pro-*

(4) Muchas de estas ideas proceden, incluso textualmente, de J. GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, 1963, III, 1, pp. 235-236.

ceso social de circulación de la riqueza. A mi modo de ver, esta vez el argumento es perfectamente válido y consistente, aunque no así la conclusión inferida.

3. El objetivo final del presente estudio radica, justamente, en el desarrollo de ese argumento y en la producción de la inferencia lógica correcta, que, a nuestro juicio, debe conducir a la asignación de carácter mercantil a la «compra para uso o consumo empresarial». La realización de este propósito, sin embargo, nos fuerza a recorrer un itinerario más largo del que a primera vista pudiera parecer; y, en concreto, nos obliga, en primer lugar, a efectuar una revisión crítica de toda la doctrina tradicional sobre los artículos 325 y 326 C. de C., al hilo de la cual se ofrece —o, por lo menos, se ensaya— una reconstrucción de la tipología de las compraventas mercantiles que quede libre de las contradicciones en que desemboca el uso indiscriminado (no autorizado por la ley) del punto de vista de la compra o del punto de vista de la venta a la hora de decidir la mercantilidad de un negocio. Semejante reconstrucción se articula al amparo de una hipótesis de trabajo velada, a tenor de la cual, según nuestro Código de Comercio, sólo constituye compraventa mercantil la adquisición de bienes de capital. La segunda parte del escrito se dedica a razonar y dotar de consistencia aquella hipótesis implícita en la elaboración anterior. En este sentido se intentará demostrar que la racionalidad económica que vertebra los artículos 325 y 326 C. de C. no es otra que aquella que nos depara la teoría del capital de la economía política clásica. El recurso a las categorías del pensamiento económico hubo de hacerse —como insinuábamos en el umbral de estas páginas— a la vista del callejón sin salida teórico en que se había visto confinado el razonamiento en términos estrictamente positivistas. Sólo operando así nos parecía posible obtener un «parámetro de delimitación de la mercantilidad» seguro y racional, con arreglo al cual fuese factible discernir y aún explicar la naturaleza civil o mercantil de todos y cada uno de los supuestos pensables de compraventa. La consideración separada que hemos hecho de ambas vertientes del problema —la «jurídica» y la «económica», por decirlo de alguna forma inmediatamente inteligible— obedece únicamente a razones de claridad y fluidez expositiva. De acuerdo con este planteamiento, pues, abordamos en primer lugar el estudio de las cuestiones tipológicas suscitadas por la sentencia.

II

4. El estudio del supuesto de hecho que hemos denominado «adquisición para uso o consumo empresarial» al que se refiere la sentencia pasa necesariamente —según acabamos de indicar— por la explicación global del sistema delimitador proyectado por el legislador en los artículos 325 y 326 C. de C. Estos preceptos son del siguiente tenor:

Art. 325: «Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa».

Art. 326: «No se reputarán mercantiles:

1.º Las compras de efectos destinados al consumo del comprador o de las personas por cuyo encargo se adquieren.

2.º Las ventas que hicieren los propietarios y los labradores o ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas o ganados, o de las especies en que se les paguen las rentas.

3.º Las ventas que de los objetos contruidos o fabricados por los artesanos hicieren éstos en sus talleres.

4.º La reventa que haga cualquier persona no comerciante del resto de los acopios que hizo para su consumo».

El contenido normativo de estos dos artículos obedece a una lógica delimitadora doble, que no se corresponde con la «geografía» de la ley. Así, es necesario discriminar entre el grupo formado por los artículos 325 y 326, 1.º y el grupo integrado por los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 326. En el primero de ellos la mercantilidad se decide mirando a la *posición del comprador*: el acento está puesto en la *adquisición*, en el acto de comprar. Los tres supuestos a discutir aquí son: la «compra para revender»; la «compra para uso o consumo empresarial»; y la «compra para uso o consumo personal». En el segundo grupo, la mercantibilidad, por el contrario, se decide atendiendo a la *posición del vendedor*: el acento está cargado en la *disposición*, en el acto de vender. Dentro de este conjunto, nuevamente nos encontramos con tres hipótesis: la «venta agrícola», la «venta artesanal» y la «venta particular» (del excedente).

Contemplando el sistema bajo esta perspectiva bímembre, ya no es difícil advertir que el criterio definidor de la mercantilidad es único y permanece siempre el mismo: *el ánimo de lucro*. Así, por ejemplo, la «compra para el consumo personal» es civil, porque el comprador —que es la posición relevante para la ley— carece de ánimo de lucro (y al respecto es absolutamente indiferente que el comerciante vendedor actúe con o sin el afán referido). Del mismo modo, es civil la «venta artesanal» o la «venta agrícola», porque el artesano o el labriego, es decir, el vendedor —que en este grupo segundo asume la posición relevante para el legislador— obra sin *animus lucrandi* (5). Y en relación a esta previsión, como ya sucedía en el caso

(5) Nos encontramos en este caso ante una presunción indestructible incorporada por el legislador a la norma. La valoración, por lo demás, es plenamente consistente históricamente (y aún hoy vale por lo que atañe al artesano, al particular que revende el excedente e incluso al labriego que personalmente cultiva sus fincas). La mercantilidad se excluye, porque no hay ánimo de lucro en su actividad; o mejor dicho, porque no hay aquel específico ánimo de lucro que se recoge —como veremos al final del trabajo— en el artículo 325: el ánimo de lucro capitalista; es decir: *la expectativa de ganancia hecha en virtud de un cálculo de capital*. No hay el ánimo de lucro que asoma detrás del riesgo, porque, al no haber capital, no hay riesgo. En la actividad excluida por los tres últimos párrafos del artículo 326 se verifica únicamente un lucro profesional, de mera subsistencia. Y esto se explica, porque en esas actividades se observa la prevalencia del trabajo personal sobre el capital. No en vano la artesanía viene caracterizada por el artículo 1 del Decreto de 22-II-1968 («B. O. E.» 1-III-1968; [Rep. Ar. 435/1968]) como aquella «actividad humana de producción, transformación y reparación de bienes

anterior, es absolutamente irrelevante que quien compre actúe o no con aquel afán de ganancia o con el propósito de revender el género adquirido. Este complicado mecanismo de selección y negación de la mercantilidad puede ser —y efectivamente ha sido— objeto de censura; pero lo que en ningún caso puede objetársele —según trataré de demostrar posteriormente— es que carezca de una impecable racionalidad (en este caso, de tipo económico).

En realidad, la mayor parte de los problemas doctrinales que ha suscitado la interpretación de los artículos 325 y 326 C. de C. (especialmente la del primero) proceden de no respetar eso que hemos llamado la *posición jurídicamente relevante para la calificación* —civil o mercantil— del negocio. Y así, al procederse a un intercambio indiscriminado de las posiciones a la hora de valorar la mercantilidad de un supuesto dado, se explica el que se haya llegado a conclusiones tales como la de que, por ejemplo, la venta (o reventa) hecha con ánimo de lucro es mercantil. El error en este caso, como en otros que examinaremos a lo largo de la exposición, es manifiesto, pues se olvida y no se atiende a la perspectiva prescrita por el legislador para la contemplación del problema: la compraventa mercantil —no otra cosa dice el art. 325— sólo es mercantil por la especialidad de la adquisición y del adquirente; por lo tanto, al respecto es indiferente que esa especialidad concorra o no en la disposición y en el disponente; en la venta y en el vendedor (ejemplar en este punto es la STS 27-I-1945 [Rep Ar 120/1945]). El error procede de antiguo y ya fue denunciado por el mismo Locré respecto de la interpretación del artículo 632, I *Code de Commerce*, cuyo tenor literal se corresponde casi exactamente con el de nuestro artículo 325:

«Est-ce que le législateur —se preguntaba Locré— a pensé que, qui dit achat, dit aussi vente; et qu'en conséquence, il a entendu comprendre l'un et l'autre dans la disposition? Nullement —se contestaba tajantemente—, son intention a été de ne qualifier actes de commerce que les achats» (6).

o prestación de servicios, *realizada mediante un proceso en el que la intervención personal constituye factor predominante...*». Se trata en definitiva, de actividades en las que —como dirían los mercantilistas clásicos— no hay ánimo de especulación. Esclarecedor a este respecto es el trabajo de G. RIPERT, «L'artisan et le commerçant», en *Festgabe C. WIELAND*, Basel 1934, pp. 300-309, esp. 306-307.

En realidad la *ratio* de la exclusión operada por los tres últimos párrafos del artículo 326 es económicamente la misma que la que inspira el párrafo primero del mismo precepto (la exclusión de las compras para consumir); por la siguiente razón; porque el labriego, el artesano o el particular actúan venden para *consumir*. Ellos efectúan un mero cálculo de trabajo, un «cálculo natural» que, por su esencia más íntima, como dice Max Weber, esta orientado al consumo, a la cobertura de las necesidades (y evidentemente poco importa la cuantía de tales necesidades): cfr. M. WEBER, *Economía y Sociedad*, trad. esp., México-Buenos Aires², 1964, I, p. 77.

(6) J. G. LOCRÉ, *Esprit du Code de Commerce*, VIII, p. 362 (recojo la cita de I. ALAUZET, *Commentaire du Code de Commerce*, París³, 1879, VIII, p. 333, quien asimismo se pronuncia en la dirección indicada por Locré).

Esta conclusión sobre la indivisibilidad del criterio delimitador de la mercantilidad debe tenerse por segura, ya que de otro modo —y partiendo de la hipótesis del «legislador congruente»— incurriríamos en flagrante contradicción con cuanto preceptúa el artículo 326, 1.º. Por otra parte —y nos referimos ya al art. 326, 2.º, 3.º y 4.º— hay que tener en cuenta que el que hemos denominado *grupo de las ventas* es un grupo de excepciones a la regla general del artículo. 325 y que, por lo tanto, como tales excepciones que son, están contenidas *ex difinitione* en la regla general; de otro modo, ni serían excepciones ni habría sido necesario el artículo 326. Quiere esto decir, que los supuestos contemplados son ventas a comerciantes que adquieren con ánimo de revender, pues de no ser así, de no ser excepciones, como queda dicho, sobraría el precepto. Por lo tanto, se regulan supuestos que, en principio, serían calificados de mercantiles, pero que —por razones que estudiaremos al final— el legislador aísla del ámbito mercantil, haciendo precisamente relevante la posición del vendedor, con lo cual —faltando ánimo de lucro— quedan excluidos. No se puede admitir pues, aquella opinión a tenor de la cual si la compra al artesano, al labriego o al particular que revende su excedente la efectúa un comerciante con ánimo de revender la operación sería mercantil (7).

Así las cosas, resulta innecesario, ya, por intrascendente a efectos normativos, analizar la problemática (que, en rigor, no existe) de los «sujetos de la compraventa». A mi modo de ver, por consiguiente, carece de sentido preguntarse si se precisa o no (o a medias, como se ha sostenido) reunir la condición subjetiva de comerciante para que la compraventa pueda ser reputada de índole mercantil. Para disipar ciertos malentendidos, sin embargo, no estará de más que efectuemos un par de puntualizaciones sobre este extremo:

Primera: que única y exclusivamente en términos «sociológicos» (y, por lo tanto no jurídicos) se puede afirmar que la compraventa mercantil es la realizada entre dos comerciantes; y es más: en este orden de cosas, la proposición se revela totalmente correcta, toda vez que, con ánimo de lucro, «normalmente», sólo actúan los comerciantes (8). Hasta el punto

(7) Tal es la opinión de E. LANGLE y RUBIO, *El contrato de compraventa mercantil*, Barcelona, 1958, pp. 32-33 (combatida ya por GARRIGUES, *Tratado*, cit., III, 1, pp. 237-238, nota 6) y la de M. BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid³, 1978, p. 373, nota 1. Tampoco nos parece aceptable, por la misma razón avanzada en el texto, la lectura del art. 326 que ha propuesto Eduardo Polo, conforme a la cual, para que sea *civil* y no mercantil la compraventa han de concurrir necesariamente dos circunstancias: *primera*, que la compra sea hecha con *animus consumendi* (ex art. 326, 1.º); y *segunda*, que la venta sea hecha por un labriego, un artesano o un particular (ex art. 326, 2.º, 3.º y 4.º), pues en otro caso el negocio es comercial: cfr. E. POLO, «La protección del consumidor en el Derecho Privado», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a A. POLO*, Madrid 1981, p. 857, nota 96 (este opúsculo ha sido publicado de modo independiente por los tipos de «Civitas», Madrid 1980). En contra de este planteamiento milita ya la numeración disyuntiva que efectúa el art. 326.

(8) Cfr. F. VICENT CHULIA, «Delimitación del concepto de compraventa mercantil», en *Estudios jurídicos en homenaje a J. SANTA CRUZ*, Valencia, 1974, p. 501 (este notable trabajo puede consultarse también en RCDI 50 (1974),

de que el Tribunal Supremo, con muy buen criterio, ha venido a presumir, en más de una ocasión, que las adquisiciones de cierta envergadura realizadas por un comerciante, deben ser calificadas de mercantiles (instructiva en este punto es la reciente STS/12-III-1982 [Rep. Ar. 1372/1982]). Lo cual no quiere decir, ni mucho menos, que el criterio determinante de la mercantilidad se haya desplazado hacia el metro de la profesionalidad. Ha seguido —y sigue— siendo el afán de lucro, como muy bien lo prueba el hecho de que el mismo Tribunal Supremo, en otras ocasiones, haya calificado de civil, con toda corrección, aquella compraventa efectuada entre comerciantes en la que, por parte del adquirente, no mediaba dicho afán de ganancia (9).

Segunda: que el hecho de que «sociológicamente» las cosas sean así no autoriza a pensar que —como se ha sostenido— «con respecto al vendedor, el Código de Comercio, en su artículo 326 [siga] un criterio distinto [al adoptado en relación al comprador] fijándose directamente en su profesionalidad» (Vicent Chuliá). No se puede, en efecto, pensar de este modo —es decir, que la compraventa para ser mercantil necesite *siempre que el vendedor sea comerciante*—, ya que se estaría dando por premisa lo que constituye la conclusión, más o menos casual, del razonamiento. El hecho de que se excluyan determinadas ventas del ámbito de la mercantilidad (cfr. art. 326, 2.º, 3.º y 4.º C. de C.) hace ciertamente difícil (aunque no imposible, como se pretende) el imaginar hipótesis de compraventa comercial en las que el vendedor no sea comerciante (10); mas esa misma conclusión no debe conducirnos al pensamiento erróneo de que tal —la cualidad de comerciante del vendedor— sea *ratio legis* de la norma contenida en el artículo 326 C. de C. La figura en la que el legislador ha pensado para la compraventa mercantil no es la del comerciante, sino la del «capitalista», según la imagen que del mismo nos suministran los economistas clásicos.

pp. 75-143). Ello, repetimos, no quiere decir que no quepa la compraventa mercantil ocasional. Recientemente, el Tribunal Supremo en un caso de compraventa de plantas de un vivero efectuada por un no comerciante, ha dicho que «la calificación (mercantil del negocio) ha de mantenerse frente a la afirmación del recurrente de no ser así (por) no haber sido nunca comerciante» (STS 30-V-1979 [Rep. Ar. 1951/1979]).

(9) Caso: compraventa de patatas entre dos comerciantes: «... el contrato no tiene carácter mercantil —dice el juzgador de casación—, porque verificada la compraventa de patatas con destino al consumo de los empleados de la 'Industria M.' sin ánimo de revenderlas, ni mucho menos de obtener lucro en la operación, falta la base objetiva para reputar que es mercantil el contrato, según el tenor del artículo 325 del Código de Comercio» (STS 10-III-1942 [Rep. Ar. 324/1942]): sobre éste y supuestos similares, v. CH. LYON-CAEN y L. RENAULT, *Traité de Droit Commercial*, París³, 1898, I, pp. 117-118.

(10) *Ejemplo de laboratorio:* en un viaje a Granada compro 25 ceniceros de plata en el taller de un viejo artesano, con ánimo de revenderlos. Llegado a Madrid se los vendo a una tienda de regalos, que, a su vez, los adquiere con ánimo de volver a ponerlos en circulación. La primera compraventa no es mercantil, porque la efectúo con un artesano (art. 326, 3.º); la segunda, en cambio, es mercantil y yo —vendedor— no soy comerciante; y es mercantil porque cae dentro del artículo 325 y fuera del artículo 326, 4.º, ya que, evidentemente, el acopio de ceniceros no lo hice para mi deleite personal.

Las palabras de Vicent Chuliá reproducidas más arriba corresponden a: VICENT CHULIÁ, «La delimitación», cit., p. 500.

Otra puntualización imprescindible es la relativa al objeto de la compraventa mercantil. El artículo 325 habla sólo de «bienes muebles» (en este sentido continúa la pista trazada por su remoto precedente, el artículo 632, I *Code de Commerce*, que se refería únicamente a «denrées et marchandises»). ¿Quedó con ello cerrado el tipo del precepto? ¿No es posible, por esta razón, admitir la mercantilidad del tráfico de inmuebles? Esta es la cuestión a responder. Los términos de la discusión son conocidos: El Código de 1829 excluía expresamente del ámbito mercantil la compraventa de «bienes raíces y sus accesorios» (art. 360,I). Ante lo cual, nos preguntamos entre paréntesis cuál era el sentido de esa exclusión expresa si en el artículo 359 sólo se hablaba de bienes muebles y, por consiguiente, la exclusión ya estaba operada de modo implícito. ¿No se trataría —como creemos— de una declaración «política» dirigida a no inquietar a las fuerzas del Antiguo Régimen? En el Código de 1885 aquella exclusión expresa desaparece. En base a estos datos, se podría pensar —como se ha pensado— que la omisión del actual artículo 326 al respecto constituye una decisión en favor de la posibilidad de que el tráfico inmobiliario quede sujeto a las reglas mercantiles de la compraventa. Interpretación ésta en cuyo favor milita un expresivo párrafo de la Exp. de Mot., en el que se habla de esa posibilidad (11). Esta argumentación, sin embargo, se mueve en arenas movedizas; es indispensable reforzarla. A mi juicio, el procedimiento a seguir es el de averiguar si la compraventa de inmuebles cabe, ya que no como supuesto de hecho literal (*Wortlautstatbestand*), como supuesto de hecho interpretativo (*Auslegungstatbestand*) dentro del artículo 325, despreocupándonos un poco del silencio que al respecto guarda el artículo 326. Y a tales efectos —según prescribe el art. 4 CC— es necesario que interpretemos la norma atendiendo a «la realidad social a la que ha de ser aplicada» y considerando «fundamentalmente su espíritu y finalidad». Estas palabras de Frossard nos indican por dónde hemos de ir:

«La principale fortune fut pendant longtemps immobilière et c'est par l'immeuble qu'étaient assurés la vie familiale, le pouvoir domestique et même le pouvoir politique. Protégées par des règles de forme et des règles de fond —le droit successoral de l'ancienne France tendait à conserver les immeubles dans les familles— les transmissions des biens immobiliers étaient choses graves et donc rares. C'est pour maintenir cet état de fait que l'on a donné de l'article 632 du Code de Commerce une interpretation stricte. Encore faut-il que les nécessités de l'époque contemporaine rejoignent les besoins des siècles passés» (12).

(11) Así —con estos argumentos—, ya L. DE BENITO, «Compraventa mercantil», en EJE, VII, p. 710. En el mismo sentido, GARRIGUES, *Tratado*, cit., III, 1, p. 246. Para más información, v. VICENT CHULIA, *op. cit.*, pp. 493-494, nota 7.

(12) J. FROSSARD, «L'immeuble et le droit commercial», en RTDC 19 (1966), p. 536.

Evidentemente —y contestamos así a la pregunta formulada por el jurista francés— creo que la realidad ha cambiado lo suficiente como para requerir una interpretación menos estricta del artículo 325. A mi juicio, la exclusión que operaba el viejo artículo 360,I se debía con toda probabilidad al *status* jurídico que a la sazón tenía la propiedad territorial. No olvidemos que en el año 1829 nos encontramos en las postrimerías del Antiguo Régimen, dentro de cuyo sistema jurídico la propiedad inmobiliaria es una propiedad vinculada, sustraída como tal a las relaciones de mercado; se trata de una propiedad en la cual su titular dispone de la renta, pero no de los bienes que la producen, se beneficia de los frutos del patrimonio, mas no del valor constituido por el mismo (13). En este ambiente jurídico se encontraba plenamente justificada, pues, la exclusión del artículo 360,I. El proceso de liberalización y despolitización del derecho de propiedad y la correlativa constitución de un mercado de tierras se produce en los años de la revolución burguesa (*recte*: ese mismo proceso es la revolución burguesa) (14), entre 1834 y 1844. Del proceso sale redimensionado el derecho de propiedad, conformándose definitivamente un concepto liberal de la misma (15). La propiedad territorial se hace un bien susceptible de ser mediado en el mercado. No es de extrañar, por lo tanto, que los mercantilistas que escriben con posterioridad a la época de la «revolución» dirijan agudas críticas al Código de Sainz de Andino en este punto. En el manual de Martí de Eixala puede leerse, por ejemplo:

«... no hay razón para que los inmuebles no puedan ser objeto de compraventa comercial. En la realidad de los hechos lo son: sobre inmuebles se han celebrado compraventas de carácter mercantil en Barcelona y otras ciudades cuyo antiguo perímetro se ha ensanchado; y el propio Gobierno ha autorizado la constitución de sociedades anónimas que tenían por objeto la compra y venta de edificios y terrenos comprendidos, no sólo en las zonas de ensanche, sino también en el interior de dichas poblaciones» (16).

Posiblemente es ya comprensible, desde esta óptica, por qué en el Código vigente desaparece la expresa exclusión que efectuaba Sainz de Andino. El silencio del legislador cobra elocuencia en esta perspectiva histórica. Por ello, «actualizando» la interpretación, no debiera haber ya obstáculos para admitir la mercantilidad del tráfico inmobiliario. Pero es

(13) Cfr. B. CLAVERO, *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla, 1369-1836*, Madrid, 1974, p. 21.

(14) Sobre este punto, B. CLAVERO, «Política de un problema: la revolución burguesa», en B. CLAVERO, P. RUIZ-TORRES y F. J. HERNÁNDEZ MONTALBÁN, *Estudios sobre la revolución burguesa*, Madrid, 1979, pp. 25-48, esp. 42-43.

(15) Una magnífica síntesis del mencionado proceso la ofrece F. TOMÁS Y VALIENTE, «La obra legislativa y el desmantelamiento del Antiguo Régimen», en J. M. JOVER ZAMORA (ed.), *La era isabelina y el sexenio democrático (1834-1874)*, Madrid, 1981, pp. 153-180.

(16) R. MARTÍ DE EIXALA, *Instituciones de Derecho mercantil de España*, Barcelona 4, 1865, p. 123.

que además a esta misma conclusión se arriba con una interpretación teleológica. Adelantando conclusiones que sólo en el curso ulterior del trabajo se irán razonando, podemos afirmar que la *ratio* que inspira el art. 325 consiste en la asignación de mercantilidad al negocio en función de su finalidad inversora; es decir, en función de que la adquisición verse sobre «bienes de capital». Cuando dice «bienes muebles» el art. 325 quiere decir «bienes de capital»; y dice «bienes muebles» porque en el modelo económico que retrospectivamente tiene presente el Código, es decir, el «capitalismo comercial», sólo tales bienes son «capital». Cuando la tierra, sin embargo, pasa a ser objeto de relaciones de mercado, cuando se «comercializa» y se valoriza por aplicación de trabajo y accesorios entonces también la riqueza inmobiliaria deviene capital; precisamente por ello dice la Exposición de Motivos del Código que «si bien la simple compra de bienes raíces no constituye un acto mercantil, podrá adquirir semejante carácter cuando vaya unida a otras especulaciones sobre efectos muebles corporales o incorporales». Es decir, cuando pase a ser capital y a circular como tal. Es entonces —y sólo entonces y bajo esas condiciones de capitalización— cuando se produce una *laguna normativa* (esto es, un «vacío jurídico contrario al plan de la ley»). Y es entonces y sólo entonces también cuando «el principio de analogía —como dice Langle, refiriéndose a este extremo— nos sirve para romper la estrechez del texto literal» del art. 325 (17). Por consiguiente, nos parece que lo correcto consiste en proceder, una vez verificada la «identidad de razón» entre el supuesto de tráfico de inmuebles de que se trate y el supuesto del art. 325, a la integración analógica, sometiendo la compraventa inmobiliaria a la disciplina comercial (18). El hecho, por otra parte fácil de advertir, de que esta disciplina, la del Código de Comercio, no se adapte perfectamente a la transmisión de inmuebles, no debe llevarnos a discutir la validez del

(17) LANGLE, *El contrato de compraventa*, cit., p. 21. No ocultamos que lo que nosotros calificamos de verdadera «laguna normativa» resulta calificada por otros autores de «laguna de *lege ferenda*» simplemente; así, por ejemplo, ALAUZET, *Commentaire*, cit., VIII, p. 345: «...ce que ne reste pas moins aussi hors de doute, c'est que le législateur de 1807, suivant des traditions immémoriales, a limité le commerce aux choses purement mobilières; dans ce cercle, on peut se montrer et admettre des assimilations; mais on n'en peut sortir, sans se trouver tout à la fois en dehors des termes et de l'esprit de la loi». Sin embargo, mientras creemos que el juicio de Alauzet valdría respecto del Código de Sainz de Andino, nos parece que en relación al texto vigente las cosas han cambiado lo suficiente como para estimar que la laguna es realmente contraria al espíritu de la ley (realmente *planwidrig*).

(18) En favor de esta interpretación militarían además las soluciones del Derecho comparado: v. el catálogo que de las mismas ofrece VICENT CHULIA, *op. cit.*, p. 494, nota 6. También el Proyecto de Código de Comercio de 1926 se encaminaba en esta dirección al establecer la mercantilidad de la compraventa de inmuebles cuando concurriesen estas tres condiciones: que el comprador fuese un comerciante inscrito en el RM; que se realizase la operación con «fin de especulación mercantil»; y que la adquisición de bienes inmobiliarios se hiciese para revenderlos o para arrendarlos (para este dato, v. J. M. BOIX RASPALL, «Compraventa mercantil», en NEJS, IV, p. 537).

razonamiento y las conclusiones antes descritos. Por varias razones: de un lado, porque en todo caso habrá que atenerse, a los efectos del cumplimiento de la obligación de entrega de la cosa, a la ley de circulación especial de los bienes inmuebles, tal y como viene establecida por el Derecho común. De otro lado, porque siempre cabrá la posibilidad de recurrir a las normas de la compraventa civil, cuando el problema específico que haya que resolver no se encuentre contemplado en el Código de Comercio o se encuentre disciplinado sólo en función de la circulación de bienes muebles. La ventaja, en cambio, que ofrece la sumisión de estos supuestos al Derecho mercantil de la compraventa es notable cuando se trate —como acontecerá en la normalidad de las ocasiones— de adquisiciones de tierras y edificios por empresas dedicadas al tráfico inmobiliario. Y es notable la ventaja porque las normas del Derecho mercantil se adaptan mucho mejor —en el sentido de que reproducen la conducta esperada de las partes— a las necesidades de los inversores profesionalés.

Pues bien, hechas estas breves consideraciones sobre los sujetos y sobre los objetos de la compraventa mercantil, conviene ya afrontar el tema central de este estudio: la consideración analítica de los supuestos de hecho contenidos —o «contenibles»— en los arts. 325 y 326 del Código. A tales efectos, y de acuerdo con el planteamiento general que efectuamos al principio de este epígrafe, nos parece que el procedimiento correcto a seguir en la interpretación de los citados preceptos del Código consiste en acatar y seguir la tipología dispuesta por el legislador. Lo procedente, por tanto, es examinar, de modo separado y evitando las interferencias, los dos grupos de casos (las compras y las ventas), según quedan clasificados y explicados; y dentro de cada grupo analizar, también separadamente, las diferentes hipótesis posibles. Como es obvio, sin embargo, no resulta indispensable detenerse en el estudio de todas y cada una de ellas; y en concreto, carece de sentido, ocuparse aquí de aquellos supuestos que no plantean ningún tipo de problemas al intérprete y sobre los que, consiguientemente, reina consenso en los ámbitos doctrinal y judicial. En este sentido, el grupo segundo, el relativo a las ventas —la «venta agrícola», la «venta artesanal» y la «venta del particular»— no ofrecen ningún tipo de dudas respecto de su carácter civil. Entiéndase bien: no ofrece ningún tipo de dudas de derecho positivo, de *lege data*, aunque puedan ofrecerse y muchas —como sucede particularmente con las «ventas agrícolas»— en el plano de la política del derecho (19). Los problemas, en definitiva, se

(19) En una resolución reciente, el Tribunal Supremo, respecto de una compraventa de más de 100.000 kilos de patatas de un «labriego» (en la realidad un empresario agrícola) a un comerciante, señala, sin duda haciéndose eco de las críticas dirigidas por los autores al Código que la exclusión operada por el art. 326, 2.º, si bien «tuvo justificación en la época codificadora, cuando las operaciones de cultivo no pasaban de rudimentarias y se insertaban las más de las veces en una economía de subsistencia, no es válida para las explotaciones de hoy, desarrolladas en una verdadera empresa agraria; a pesar de lo cual es innegable que el precepto sigue vigente y con prevalencia frente a la norma del trescientos veinticinco...» (STS 30-X-1981 [no consta en el Rep Ar; cito por una copia del original]). En el

plantean únicamente alrededor del grupo primero, del grupo de las compras: la «compra para revender»; la «compra para uso o consumo personal» (verdadero *punctum dolens* de la discusión); y la «compra para uso o consumo empresarial» (especialmente ésta, la contemplada por la sentencia, por no estar explícitamente recogida en el Código, aunque sí —según me esforzaré por demostrar— implícitamente). Y aún dentro de este grupo, el primer supuesto no pone graves interrogantes, ya que, como decíamos en el umbral de estas páginas, nadie en la literatura ni en la judicatura ha osado jamás negar el genuino carácter mercantil de una compra hecha con intención de revender el género adquirido: las palabras de la ley son, en este sentido, insoslayables.

5. De todos modos, en relación con esta hipótesis de la *compra para revender*, conviene dejar sentadas, ya desde el principio, algunas ideas, pues al fin y al cabo ha sido hablando de ella cuando el Código ha expresado de forma positiva su doctrina de la mercantilidad. Dice el art. 325: la compraventa mercantil es «la compraventa de cosas muebles para revenderlas [...], con ánimo de lucrarse en la reventa». Este precepto, a mi juicio sencillísimo, establece como criterio definidor de la mercantilidad un criterio intencional único. La literatura, por el contrario, tradicionalmente viene interpretándolo con tal sujeción al tenor de sus palabras que exige la concurrencia de un doble propósito: el ánimo de revender y el afán de lucro (20). Es cierto que, hipotéticamente, ambos propósitos pueden coincidir: Cayo compra una partida de cajas de vino con la intención de distribuir las entre sus amigos al precio de coste. Aquí, habiendo ánimo de revender, no media el de beneficiarse. Lo mismo sucede —para poner un ejemplo típico— con las adquisiciones de las cooperativas de consumo encaminadas a ser revendidas (sin ganancia) a los socios. Pero huyendo de estos casos de laboratorio, que por sí mismos ya no indican dónde está el corazón del sistema, lo que nos interesa subrayar es que el ánimo de revender, jurídicamente, no es relevante en sí mismo, sino por el hecho de llevar aparejado el ánimo de lucro. Este es el punto decisivo y creo

mismo sentido se pronuncia la literatura: v., por todos, GARRIGUES, *Tratado*, cit., III, 1, p. 237. La insatisfacción que produce el estado legal de la materia, sin embargo, no puede ser resuelta a través de los expedientes interpretativos convencionales. Podría intentarse una reducción teleológica del art. 326, 2.º para el caso de los empresarios agrícolas; sin embargo, amén de los problemas propios de esa operación, chocaríamos con otro no resuelto: el de la especialidad del Derecho agrario (v., para una primera aproximación, A. BALLARÍN MARCIAL, *Derecho agrario*, Madrid 2, 1978, pp. 536-540, donde se alude a la problemática relación entre el Derecho mercantil y el Derecho agrario).

(20) Así, por ejemplo, GARRIGUES, *Tratado*, cit., III, 1, p. 236; VICENT CHULIA, «La delimitación», cit., p. 499. La jurisprudencia también se pronuncia en el mismo sentido. Estas palabras de la sentencia que comentamos son elocuentes al respecto: «... la intención pasa a ser lo esencial [...] desdoblándose dicho elemento intencional en dos propósitos por parte del que compra, cual es el de reventa y el propósito de lucrarse en la reventa...».

que cualquiera podría convenir en ello (21). Pues bien, admitido este paso de la argumentación, ya no deberían existir obstáculos para calificar como mercantil una compraventa hecha, no exactamente con ánimo de revender, pero sí con ánimo de lucro. Imaginemos, por ejemplo, que Cayo adquiere 200 máquinas de escribir con el propósito de alquilarlas. Esa compraventa me parece mercantil (22). No considerarlo así podría conducir a pervertir el sentido de la ley e incluso a resultados absurdos: Cayo compra 100 máquinas de escribir con el propósito de revenderlas y otras tantas con el fin de arrendarlas. ¿Habría acaso que considerar mercantil la mitad del negocio y civil el resto? En estos casos nos vemos obligados a aplicar el *principio de igual trato a lo que* (según las valoraciones generales del orden jurídico) *resulta igual o de igual sentido*, que es uno de los criterios teleológicos-objetivos que dimana de los fines objetivos del Derecho. A este respecto se ha hablado de una «regla de interpretación en el sentido de una suposición de conformidad de las valoraciones jurídicas para la solución dogmática de problemas objetivos que se corresponden entre sí» (23). Regla esta que aquí, desde luego, nos parece de aplicación necesaria; el objetivo no es otro que el de evitar «contradicciones de valoración» dentro del sistema. Ello no nos debe llevar, sin embargo, a la conclusión de que la norma contenida en el art. 325 sea una *norma abierta* que admita en su seno cualquier supuesto de hecho que coincida con uno de sus elementos. No; se trata, por el contrario, de una verdadera *norma cerrada* (que describe un «tipo cerrado») en lo que respecta: *a la evidente decisión del legislador de considerar sólo relevante para decidir la mercantilidad la «posición del comprador»; y a la también decisión del legislador de exigir que en esa posición concorra el «ánimo de lucro»*. El ánimo de revender, por el contrario, es un ejemplo —y nada más que un ejemplo— de todo ello. Esta conclusión se infiere, por lo demás, de una interpretación a *contrario sensu* del art. 326 que, por evidente, no es preciso detallar.

Afinando esta línea argumentativa habría que dar un paso más y decir que, en realidad, lo que define la mercantilidad de la compraventa es su carácter de «acto de inversión». El hecho de que el Código en vez de decir con «ánimo de invertir» diga «con ánimo de revender» no es más que el producto de una operación metonímica históricamente tolerable: *pars pro toto*. Si tenemos en cuenta el carácter retrospectivo de nuestros dos Códigos de Comercio y que son Códigos precisamente *del comercio*

(21) Remito para una argumentación más detallada sobre este extremo, a L. BOLAFFIO, *Degli atti di commercio*, en L. BOLAFFIO y C. VIVANTE (eds.), *Il Codice di Commercio commentato*, Torino-Milano-Roma-Napoli⁵, 1922, I, pp. 159-175. En estas breves páginas se muestra adecuadamente que el único criterio de la comercialidad (que no es el ánimo de revender, aunque lo diga el art. 3, 1.º, *Codice de Commercio* de 1882) es el *consilium lucri* (no el mero *eventum lucri*). En este sentido —según habrá de verse al final del estudio— entendemos que el tipo de lucro a que se refiere el art. 325 es el «lucro capitalista», es decir, el beneficio calculado, la «expectativa de ganancia»; no el mero lucro profesional.

(22) Lo aprueba LANGLE, *El contrato de compraventa*, cit., pp. 24-25.

(23) Cfr. K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. esp., Barcelona², 1980, p. 333.

en un momento en que estamos en las postrimerías de lo que el comercio significó en la historia, comprenderemos por qué el artículo 325 (y ya antes el 359 del Código de Sainz de Andino) hablan de «ánimo de revender» (24). El modelo social al que miraba el Código era el propio del *capital comercial* y no el del *capital industrial*. Por ello, si tenemos en cuenta que allí la inversión socialmente típica lo era en géneros para revender, no nos extrañará ni un ápice la redacción del art. 325 (25). Ni podrá ocultarnos que ha acogido como *ratio decidendi* de la comercialidad la función reproductora de capital que se le asigna al negocio (aunque sobre este extremo —la racionalidad económica de la norma— no vamos a detenernos ahora, pues entorpeceríamos la sistemática de la exposición). Por si cupiesen dudas de que esa ha sido la voluntad del legislador, todavía se podría avanzar un argumento de orden positivo y en concreto ese inciso del tantas veces citado art. 325 en el que, refiriéndose a la reventa de los bienes comprados, dice: «bien en la forma que se compraron bien en otra diferente». Si Cayo adquiere plástico de una manufactura química con ánimo de revenderlo convertido en juguetes para niños, esa compra —nadie lo dudará— es mercantil. Pero ¿puede en rigor afirmarse que Cayo revende plástico o más bien corresponde decir que revende juguetes? Por lo tanto —habría que decir— habiendo ánimo de lucro, no se substantiva el ánimo de revender (26).

6. Nos llega así el momento de enfrentarnos con el supuesto más discutido de todos los contenidos en los arts. 325 y 326: *la compra para uso o consumo personal*. Dice el art. 326, 1.º: son compraventas civiles las

(24) Eficaz al respecto es la descripción de Aurelio MENÉNDEZ, «Código de Comercio y reforma de la legislación mercantil», en AA. VV., *La reforma de la legislación mercantil*, Madrid, 1979, pp. 43-44; así como la que nos ofrece J. GIRÓN TENA, *El concepto del Derecho mercantil*, Madrid, 1954, pp. 39, 44, 135-136, etc.

(25) En este texto de LANGLE, *op. cit.*, p. 12, queda bien reflejada la situación a que aludimos en el texto: «Nuestros inmortales mercantilistas de los siglos XVI y XVII (particularmente Fray Tomás Mercado, Fray Francisco García y Juan de Hevia Bolaños), al igual que los eximios doctores italianos de aquella época (sobre todos, Stracca y Scaccia) hacían de la *compraventa* y del *comercio* una misma cosa. Comerciar era, según su común enseñanza, comprar mercaderías y revenderlas para ganar. No es mercader —decían— quien compra cosas para servirse de ellas, para la provisión y gasto propio o de su familia, sino quien las compra para «grangear», o sea, para tornarlas a vender, con ganancia». Téngase en cuenta, además, que incluso en el ámbito muy restringido de la «empresa industrial» del momento (la época que precedió a los Códigos) «la mayoría de la inversión era en *stocks* de materias primas para elaborar bienes destinados al cambio [...] más que en *instalación y equipo de producción*»: D. S. LANDES, «Introducción» a AA. VV. *Estudios sobre el nacimiento y desarrollo del capitalismo*, trad. esp., Madrid 1978, p. 19. Esta es la razón histórica por la que está ausente del Código (explícitamente al menos) el tipo de la «compraventa para uso o consumo empresarial»: v. *infra*, n. 7.

(26) De gran utilidad para una interpretación en este sentido resulta la doctrina clásica francesa, que trató el asunto a la luz del art. 632, I, *Code* análogo, incluso por razones de parentesco, a nuestro art. 325: v., por citar uno entre los más cualificados, J. M. PARDESSUS, *Cours de Droit Commercial*, París⁵, 1841, I, pp. 15-30.

«compras de efectos destinados al consumo del comprador o de las personas por cuyo encargo se adquieren». A nuestro modo de ver, esta norma también es de una claridad meridiana: considerando —esto no se puede olvidar— que la posición definidora de la mercantilidad es la del comprador, la compraventa es civil porque el objeto de la adquisición se destina al consumo personal o familiar, lo que equivale a decir que no es, ni puede ser, mercantil, porque el comprador carece precisamente de ánimo de lucro, que una vez más, en esta ocasión de modo negativo, se nos revela como el único criterio acogido por el legislador para discriminar el Derecho común del Derecho especial.

Pero si fuesen tan sencillas las cosas, se nos podría decir, ¿por qué se ha levantado tanto polvo en torno al precepto? ¿Cómo se explican tan interminables discusiones al respecto? La respuesta a estos interrogantes la anticipábamos en las primeras líneas del escrito: toda la confusión se debe a que el problema ha estado siempre mal planteado. *No nos debemos preguntar* —porque justamente otra ha sido la voluntad del legislador— *si la reventa al consumidor es mercantil o no; únicamente estamos autorizados a preguntarnos si lo es o no la compra para el consumo personal*. Con este cambio de planteamiento, simple en apariencia, desaparece radicalmente el torturante problema de la «mercantilidad de la reventa» (27). Se nos podría objetar que lo que hemos hecho es un mero juego de palabras. Sin embargo, permósenos la insistencia en este punto tan central de nuestro razonamiento, no nos parece que sea así, por la razón bien consistente de que de otra manera infringiríamos el mandato legal de enjuiciar el problema desde el punto de vista elegido —se trata de una «decisión legislativa» en el verdadero sentido del término— como jurídicamente relevante. Otra cuestión, ésta ya de naturaleza estrictamente política, es la relativa a la oportunidad y razonabilidad de la elección adoptada por el legislador. A pesar de ello, sin embargo, será bueno que repasemos por un momento, siquiera sea muy brevemente, los grandes hitos de esta pertinaz discusión doctrinal sobre el carácter de las compraventas al consumo. Cobraremos así conciencia de las cuestiones implicadas.

Como es bien sabido, el problema tiene su raíz en la patente contradicción en que había incurrido el Código de Comercio de 1829 al disciplinar este extremo. Los textos significativos de aquel cuerpo legal son los siguientes:

(27) Desaparece, porque si preguntamos ¿es mercantil la compra para el consumo?, directamente aplicamos el art. 326, 1.º, y respondemos de modo negativo. Si en cambio formulamos la cuestión de esta otra forma: ¿es mercantil la reventa al consumidor de los géneros adquiridos a tal fin?, observamos que no hay respuesta inmediata en el Código; y entonces, amparados en un error óptico, es posible que nos sintamos tentados a pensar de este modo: si el art. 326, 4.º, sólo excluye del ámbito mercantil la reventa hecha por el particular, cuando se trate de la reventa hecha por un comerciante de los bienes precisamente adquiridos para ser revendidos, en estos casos estamos ante un supuesto de compraventa mercantil. Mas sobre el error metodológico que entraña esta vía argumentativa nos detendremos más adelante.

Art. 359: «Pertencen a la clase de mercantiles: las compras que se hacen de cosas muebles con ánimo de adquirir sobre ellas algún lucro revendiéndolas, bien sea en la misma forma que se compraron, o en otra diferente, y las reventas de estas mismas cosas.»

Art. 360: «No se considerarán mercantiles:

.....
Las [compras] de objetos destinados al consumo del comprador, o de la persona por cuyo encargo se haga la adquisición.»

Como de su simple lectura se desprende, la antinomia entre ambos preceptos transcritos es manifiesta: para un mismo supuesto —la compraventa entre un comerciante (que revende) y un individuo (que compra con el propósito de consumir)— se prevén dos criterios de mercantilidad diversos; o, lo que es lo mismo, se seleccionan como posiciones jurídicamente relevantes para decidir la calificación del mismo hecho dos papeles —el de vendedor y el de comprador— antitéticos e irreductibles, como lo documentan sus bien distintas intenciones: *animus lucrandi* *vr. animus consumendi*. Esta antinomia legislativa, aunque tratada bajo perfiles distintos por los autores del diecinueve, fue resuelta usustancialmente de modo unitario; y precisamente en el sentido que luego lo haría el Código de 1885: la «compra para uso o consumo personal» debe reputarse civil, ya que no habiendo actos mixtos (ex art. 2) hay que otorgar preferencia al art. 360, I, sobre el 359 (28).

Cuando se publica el Código de Comercio vigente, los redactores, que sin duda se habían percatado de la situación, hacen desaparecer la con-

(28) En realidad, a la vista del sistema dispuesto por Sainz de Andino, la *reventa sólo sería mercantil* si la efectuase un comerciante que ha adquirido con ánimo de revender (v. gr. un mayorista) a otro comerciante (un minorista, por ejemplo) que adquiere igualmente con ánimo de revender. Pero obsérvese que en este caso, la mercantilidad no proviene del ánimo de lucro en la reventa con que actúa el mayorista, sino precisamente del ánimo de lucro con que compra el minorista. La tesis de los mercantilistas del XIX a la que me he referido en el texto, puede quedar ejemplificada por estas palabras de González Huebra: «De la calificación que hace el Código de las compras ventas mercantiles, puede resultar y sucederá acaso con frecuencia que la compra sea mercantil y no la venta, y al contrario, y por consiguiente, que ocurran dudas acerca de la ley que deba aplicarse en la decisión de las cuestiones que se pueden suscitar sobre el cumplimiento de estos contratos. Algunos opinan que debe seguirse la ley y el fuero del demandado; pero nosotros no podemos conformarnos con esta opinión, porque el fuero del comercio no es de personas, sino de cosas y considerando que no es posible que para uno de los contrayentes rijan unas, y para el otro otras diversas, y que al Derecho mercantil como excepción del civil no puede comprender, según lo dispuesto en el artículo 2.º del Código, más que a los que sean comerciantes o hagan alguna operación de comercio, somos del parecer que estos casos deben resolverse con arreglo al Derecho común» (P. GONZÁLEZ HUEBRA, *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, 1853, I, p. 207). El prof. Polo, a mi juicio erróneamente, llega a otra interpretación del pensamiento de González Huebra: v. A. POLO, «La calificación mercantil de la reventa», en RDPriv 39 (1945), p. 195. En el mismo sentido que González Huebra, afirmando el carácter civil de la

tradición eliminando del art. 325 aquel inciso final —«ya las reventas de estas mismas cosas»— que figuraba en el viejo art. 359 (29). Y hasta tal punto puede decirse que el Código cobró coherencia, que los autores que lo comentaron en el período inmediatamente posterior a su promulgación, salvando muy escasas excepciones, ni siquiera advirtieron que el tema constituía un problema como, en realidad, era y debiera seguir siendo hoy (30). Acatando pues el sencillo mandato de la ley, entendieron que las

reventa se pronuncia MARTI DE EIXALA, *Instituciones*, cit., pp. 123 y 181. Durán y Bas, anotando el texto de su maestro, se inclina, sin embargo, por seguir el sistema francés de la ley del demandado, sin caer en la cuenta que en el Código de 1829 todos los actos de comercio son absolutos. En contra de este planteamiento —el que hemos mantenido y el que parece deducirse de los autores—, Polo alega determinados testimonios jurisprudenciales del siglo pasado; sin embargo, a nuestro juicio, no son en absoluto convincentes, porque o bien se están refiriendo a la compra con ánimo de revender y no a la reventa; o bien están contemplando supuestos de «compra para uso o consumo empresarial»: cfr. POLO, *op. cit.*, pp. 298-299.

Otra cuestión: ¿por qué razón el art. 359 del viejo Código introdujo, separándose en este punto del art. 632, I, *Code*, el inciso final «y las reventas de estas mismas cosas»? Nos atrevemos a sugerir la siguiente explicación: ya hemos visto anteriormente (v. *retro* nota 6 y texto correspondiente) que el legislador galo quiso excluir del ámbito mercantil las ventas; sin embargo, muchos autores forzaron una interpretación (errónea) en sentido contrario. Entre ellos, especialmente PARDESSUS, *Cours*, cit., I, pp. 30-32. Probablemente, Sainz de Andino se dejó seducir por el pensamiento de Pardessus y quiso calificar de mercantiles a las reventas, incurriendo con ello —según queda dicho— en una grave contradicción con el art. 360, II.

(29) Ciertos autores, sin embargo, estiman que la omisión no fue deliberada, alegando en ese sentido que sobre la misma guarda silencio la Exposición de Motivos del Código, cuando no lo guarda respecto de otras innovaciones que se introdujeron en materia de compraventa: cfr. GARRIGUES, *Tratado*, cit., III, 1, pp. 238-239 y, sobre todo, POLO, *op. cit.*, pp. 299-300. El argumento parece endeble, máxime si tenemos en cuenta que entre la redacción del Código y la redacción de la Exposición de Motivos, realizadas ambas por personas distintas, medió un lapso temporal nada desdeñable.

(30) Lo prueba el hecho, a mi juicio muy revelador, de que el Proyecto de Código de Comercio de 1926 (*Gaceta de Madrid*, de 4-IX-1926, p. 1416) reprodujese en iguales términos los arts. 325 y 326 en sus arts. 325 y 326, respectivamente. Los autores más relevantes del momento considerado, por lo demás, en rigor, ni siquiera llegan a plantear el problema: P. Estasen, S. del Viso, A. Bonilla, F. Alvarez Manzano, E. Miñana, etc.; para las citas de todos ellos remito a VICENT CHULIA, «La delimitación de la compraventa mercantil», cit., pp. 505-506. Una mención especial merece L. DE BENITO, *Manual de Derecho mercantil*, Madrid³, 1924, I, p. 578 (donde afirma la mercantilidad de la reventa) y p. 578 (donde la niega, afirmando que la compra para consumo personal es civil). En las pp. 285-286 del volumen II de su manual, vuelve sobre el tema, mas no resuelve la confusión; en su trabajo «Compraventa mercantil», en EJE, VII, p. 708, dice: el art. 326, 1.º, C. de C., es «a lo sumo [una] aclaración innecesaria, porque si las cosas se han de comprar con el propósito de la reventa, el que compra para consumir carece de semejante propósito y, por consiguiente, la compra que haga no puede ser nunca mercantil». Afirmación ésta con la que nos mostramos plenamente de acuerdo. De todo lo que nos consta, el único autor que ha afirmado la mercantilidad de la reventa en el período inmediatamente posterior a la promulgación del Código es J. ROIG BERGADA, «¿Por qué ley deben regirse los contratos que sólo para una de las partes revisten carácter mercantil», en RJC, 3 (1897), pp. 557-563. Sus argumentos son tan

compras para el uso o consumo personal (aunque para la otra parte constituyeren una reventa de los productos adquiridos a tal fin) habían de calificarse como civiles. Algunos autores llegan incluso a afirmar que todas las compraventas son civiles, a excepción del supuesto descrito por el art. 325 C. de C. (lo cual es cierto), por lo que reputan que el art. 326 C. de C. es innecesario (lo cual es ya falso, al menos respecto de sus tres últimos párrafos). Así —ha escrito uno de ellos— si «el legislador dijo que la compraventa mercantil se caracteriza por la compra para revender con ánimo de lucro, ¿por qué tuvo necesidad de ese art. 326, si faltando, como faltan en él, los elementos de reventa y lucro, quedan dichos actos excluidos de la compraventa mercantil? (31).

Entonces, ¿cuándo surge a la vida jurídica el problema de la «mercantilidad de la reventa»? Si quisiéramos fechar el evento, habría que decir que la tesis de que la *compra para uso y consumo personal* (de los géneros adquiridos por el vendedor para su reventa) es *mercantil* se prepara seriamente por primera vez en la gestación del *Curso* del prof. Garrigues (32). La semilla allí puesta no tarda mucho en dar sus mejores frutos. Y así la idea allí sugerida recibe en 1945 un extraordinario empuje por obra de una importante contribución del prof. Antonio Polo (33), quien la desarrolla —como dirá más tarde el propio Garrigues— con «argumentos muy convincentes» (34). En el curso del tiempo, la tesis habría de recibir una cálida acogida por parte de la mayoría de los mercantilistas españoles, a la que sin duda alguna contribuyó notablemente el prestigio y conocido rigor de los citados profesores (35). Los civilistas, por su lado, siempre se

ingeniosos como peregrinos: «De la propia manera que parecería ridículo y contraproducente —dice, *ibí*, p. 561— que a los menores, por ejemplo, sólo se les concedieren los privilegios de que gozan cuando contrataren con otros menores, resultaría absurdo también que a los comerciantes no se les permitiera invocar los preceptos de su legislación en aquellos actos o contratos concertados con personas que no tuvieran aquel carácter». *Res ipsa loquitur*. Finalmente, es preciso hacer constar también que la jurisprudencia del Tribunal Supremo en este período asimismo se manifiesta decididamente en pro del carácter civil de la reventa: cfr., entre otras, las STS 2-XII-1918 y STS 16-V-1923. Respecto de las STS 21-IV-1911 y STS 15-VI-1926, que Polo aduce en defensa del carácter mercantil de la reventa, v. VICENT CHULIA, «Delimitación», cit., pp. 537-538, donde con todo acierto se demuestra la incorrección en que incurre Polo al hacer las inferencias.

(31) R. RODRÍGUEZ ALTUNAGA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1917, p. 379.

(32) J. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, 1940, II, pp. 131-132. En esta formulación, sin duda influyó, como observa Vicent Chuliá, la doctrina de la mercantilidad incorporada al HGB de 1897.

(33) Nos referimos a la ya citada: A. POLO, «La calificación mercantil de la reventa», en *RDPriv.* 39 (1945), pp. 285-312.

(34) Cfr. GARRIGUES, *Tratado*, cit., III, 1, p. 239, nota 8.

(35) En este sentido cabe citar a E. LANGLE Y RUBIO, *Manual de Derecho mercantil*, Barcelona, 1959, III, p. 136, y del mismo, *El contrato de compraventa mercantil*, cit., pp. 13-14; J. GIRÓN TENA, en *RDM* 1 (1946), p. 159, aunque muy de pasada y celebrando el trabajo de Polo; R. URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid¹², 1982, pp. 484-485; F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, Valladolid⁶, 1977, p. 383 (modifica la opinión en la octava edición, Valladolid, 1981, p. 405); J. RUBIO Y GARCÍA MINA, *Introducción al Derecho mercantil*, Barcelona, 1969, pp. 441-442; BOIX RASPALL,

han resistido a aceptar el anterior planteamiento, aunque, a decir verdad, todos sus pronunciamientos al respecto se hacen de pasada, no dedicando al asunto ningún esfuerzo monográfico (36). En el año 1974 aparece un extenso trabajo en el que Vicent Chuliá, partiendo de la propuesta «civilista», se empeña en desarticular la teoría de la «mercantilidad de la reventa» urdiendo a tales efectos un buen puñado de sólidos argumentos (37). A continuación expondremos (y someteremos a revisión) los principales argumentos aducidos por unos y criticados por otros; pero respecto de esta exposición conviene tener en cuenta: *primero*, que, a mi modo de ver, toda la disputa está herida de muerte, desde el momento en que no parte de la división establecida por el legislador entre el «grupo de las compras» y el «grupo de las ventas». En este sentido, el mismo hilo conductor de la discusión (el argumento a *contrario sensu* y el argumento analógico) presenta un grave déficit, pues, como es evidente, carece de sentido comparar magnitudes diversas. En el fondo, lo que sucede es que —como ha indicado A. Rojo— el «problema más que de textos es de principios». *Segundo*, que aunque estamos de acuerdo con la teoría del carácter civil de la «compra para uso o consumo personal», no suscribimos totalmente su argumentación, ni sus conclusiones, sobre todo porque acaban metiendo en su mismo saco a la referida compra y a la «compra para uso o consumo empresarial». A tres podrían reconducirse los argumentos centrales de la literatura jurídico-mercantil:

a) *El argumento de la «naturaleza de las cosas»: «la reventa es jurídicamente mercantil, porque económicamente es mercantil».* En este razona-

«Compraventa mercantil», cit., pp. 537-539; L. CARLÓN, «La cláusula de garantía en la compraventa de maquinaria», en RDM 127 (1973), p. 53; J. ZURITA, *La oferta pública de adquisición*, Madrid, 1980, p. 269; E. POLO SÁNCHEZ, «La protección del consumidor en el Derecho privado», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a A. POLO*, Madrid, 1981, pp. 856-857, nota 96, (=Madrid [Cuadernos Civitas], 1980, pp. 80-81). De *lege ferenda*, que no de derecho dado, se pronuncia en el mismo sentido M. BROSETA, *Manual de Derecho mercantil*, Madrid³, 1978, pp. 374-376.

(36) Mas aunque el prof. De Castro únicamente dedique una nota al problema, allí se condensa una riquísima argumentación: cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, Madrid, 1955, I, p. 309, nota 3; del mismo autor, v. también «El arbitraje y la nueva "lex mercatoria"», en ADC 32 (1979), pp. 662-663. En el mismo sentido se pronuncian, entre otros, R. BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, Barcelona², 1979, I, pp. 25-28; R. BERCOVITZ RÍGUEZ-CANO, *Comentario a la ley de venta a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1977, p. 147; E. LALAGUNA, «Relaciones entre Derecho civil y Derecho mercantil», en RGLJ, 225 (1968), pp. 450-451 y, recientemente, en «Interacción de las leyes mercantiles y civiles», en LA LEY 447 (25-VI-1982), p. 3.

(37) Nos referimos al trabajo tantas veces citado de F. VICENT CHULIÁ, «La delimitación de la compraventa mercantil», en *Estudios en homenaje a J. SANTA CRUZ*, Valencia, 1974, pp. 487-557, esp. 501-547; y recientemente en su *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Valencia, 1982, II, pp. 236-250. En esta misma dirección, entre los mercantilistas, se cuentan A. ROJO, *La responsabilidad civil del fabricante*, Bolonia, 1974, pp. 261-265, y sólo parcialmente coincidentes J. M. MUÑOZ PLANAS, «La prescripción del derecho al precio en las ventas al consumo», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a A. POLO*, Madrid, 1981, pp. 744-748; y F. SÁNCHEZ CALERO, *Derecho Mercantil*, Valladolid³, 1981, pp. 405-406 (hay edición posterior, Madrid⁹, 1983).

miento reside, a mi juicio, la mayor parte de la fuerza de la teoría de la mercantilidad de la *reventa* (38). Intentando simplificar y ordenar consideraciones dispersas, me parece que este argumento —muy complejo— se compone de cuatro escalones sucesivos: *Primero*: se parte de la idea de que la reventa tiene que ser mercantil, porque de no ser así se acabaría con proclamar la «desnaturalización» o «disolución» del Derecho mercantil de la compraventa (argumento apagógico) (39). *Segundo*: para salvarlo de semejante «desnaturalización», se nos viene a decir que si una parte del ciclo especulativo (la «compra para revender») es mercantil, por fuerza también ha de serlo la otra parte (la «reventa»), con la que económicamente forma una unidad de acto (argumento metonímico: *pars pro toto*) (40). *Tercero*: si practicando la reventa —que constituye el corazón del comercio— se adquiere el *status* jurídico de comerciante, por fuerza ha de admitirse que se trata de un acto de comercio, pues sólo el ejercicio habitual de éstos conduce a la adquisición de tal *status* (argumento naturalístico) (41). *Cuarto*: de todo lo cual se deduce que la «reventa» tiene que ser mercantil. Al no hallarse expresamente contenida en el art. 325, debe tenérsela por comercial por analogía, ya que es un acto análogo a «alguno de los contenidos en este Código», según reza el art. 2 C. de C., y en particular análogo al descrito por el art. 325 (argumento analógico) (42).

La consistencia lógica de esta argumentación, sin embargo, es más que dudosa: sus premisas parecen inaceptables, toda vez que el «ejercicio del comercio» no se puede hacer consistir necesariamente en el «ejercicio de actos de comercio»; el ejercicio del comercio muy bien puede consistir en la realización de actos civiles, como por lo demás el mismo Garrigues ha admitido en otro lugar (43). El seguro (según creemos deducir de su

(38) Utilizo este término «reventa» única y exclusivamente en el contexto de esta exposición; pues fuera de ella —desde nuestro punto de vista— carece de significado normativo.

(39) Cfr. POLO, «La calificación mercantil de la reventa», cit., p. 288. La calificación civil de la reventa —apostilla GARRIGUES, *Tratado*, cit., III, 1, pp. 238-239, por su parte— acabará con «destruir el concepto de la compraventa mercantil y el propio sistema del Derecho especial destinado a regular esta compraventa, el cual exige que se someta a las mismas normas tanto a las compras para revender lucrándose en la reventa como la reventa de esas mismas cosas».

(40) Cfr. POLO, *op. cit.*, p. 300. Respecto de este argumento conviene adelantar ya una crítica muy puntual: en la reventa no hay *inversión* y, por consiguiente, *riesgo* que es el criterio que, amén de inspirar los artículos 325 y 326, informa toda la disciplina sustantiva de la compraventa mercantil. Como ya señalaba el prof. De Castro, «sería técnica extraña la que hiciera depender la naturaleza de un contrato bilateral del ánimo de revender que tuviese una de las partes *al adquirir el objeto que ahora vende*»: DE CASTRO, *op. loc. cit.*

(41) Cfr. POLO, *op. cit.*, pp. 304 y 305 (en esta última página repite el argumento respecto del art. 3 C. de C.). En el mismo sentido —aunque no interpretando el Código, sino criticándolo— se muestra BROSETA, *Manual*, cit., p. 375.

(42) Cfr. POLO, *op. cit.*, pp. 307-310.

(43) Cfr. VICENT CHULIÁ, «Delimitación», cit., pp. 517-518 e *ibi* la cita de Garrigues.

regulación actual) o el contrato de obra —por poner sólo un par de ejemplos— son negocios civiles, lo cual, desde luego, no es obstáculo para que, sobre la base de su praxis, se devenga comerciante. En realidad, el error metodológico que denunciamos se produce por querer inferir de una *operación comercial* (que indiscutiblemente es la reventa) un *acto de comercio* (que, también indiscutiblemente, no lo es); y paralelamente el concepto de comercio (que es un concepto socio-económico) del contenido del código (que es disciplina jurídica) (44). Con todo, a mi juicio, el déficit hermenéutico más grave de la argumentación expuesta se encuentra en la lógica: por un lado, se utilizan argumentos de tipo «naturalístico», que no son argumentos interpretativos, sino —como señala Tarello— argumentos productivos; argumentos inconsistentes, a mi modo de ver, por fundarse sobre «concepciones del Derecho, según las cuales las relaciones sociales encuentran en sí mismas, en su naturaleza [...] su disciplina» (45). Por otro lado, se recurre al argumento analógico —la analogía con el art. 325— desconociendo las condiciones de posibilidad de dicho expediente: la aplicación analógica —dice el art. 4, 1.º, C. C.— sólo procederá «cuando [las normas] no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que se aprecia identidad de razón». Ninguna de las dos condiciones prescritas por el Código civil se verifica en el caso: la primera, porque el supuesto se halla contemplado (y precisamente para excluirlo del área de la mercantilidad) por el art. 326, 1.º; la segunda, porque no media «identidad de razón», ya que la *ratio legis* de la mercantilidad de la compraventa es la existencia de ánimo de lucro en la posición del comprador, cosa que no se puede predicar del que compra *causa consumendi* (46). En realidad toda la confusión procede del hecho de que, a mi juicio, no se ha reparado en la *función reductora del tipo* que tiene el criterio adoptado por el artículo 325 (el ánimo de lucro del comprador y sólo de éste), y por ello se piensa que tiene una *función ejemplificadora*, que sólo la cumple relativamente al *modus* de materializarse el ánimo del lucro del comprador (el propósito de revender).

b) *El argumento a «contrario sensu»: «la reventa del comerciante es mercantil, porque la efectuada por el que no lo es es civil».* Este argumento es el que tiene más fuerza desde el punto de vista del Derecho positivo.

(44) Sobre este punto, v. GIRÓN, *El concepto*, cit., pp. 147-148. El error que combatimos —la confusión entre «acto de comercio» y «operación comercial»— ha sido denunciado últimamente por L. FIGA FAURA, «Colisión intraestatal de ordenamientos: Derecho civil y Derecho mercantil», en ADC 34 (1981), pp. 41-83, esp. 64-65.

(45) Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge* (en A. CICU y F. MESSINEO [eds.], *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, II, 1), Milano, 1980, p. 378.

(46) A decir verdad, el problema es que *no hay laguna*; y por consiguiente ningún sentido tiene el recurso a la analogía. Y no se nos diga que el acceso de la reventa al Derecho mercantil, aunque no cabe a través de la «analogía legis» en sentido técnico, cabe trámite la «analogía económica» (que, por lo demás, no es más que una forma de la «analogía iuris») del art. 2. La analogía del art. 2 o, mejor dicho, la cláusula general de mercantilidad de ese precepto sólo sirve para la materia *no acotada* (y aún, sólo

Opera en relación con los dos últimos párrafos del art. 326 C. de C. Respecto del art. 326, 4.º, el razonamiento es bien simple y en apariencia muy contundente: Dice Polo: la excepción ahí contenida, es decir, el carácter civil de la reventa que el particular realiza del acopio que había hecho para su propio consumo, «no se explicaría si la regla general no fuera la comercialidad de las reventas hechas por los comerciantes». El legislador se ve precisado a excluir la reventa del excedente efectuada por el particular —se nos viene a decir—, porque presupone que las demás reventas (es decir, las realizadas por los comerciantes) son siempre mercantiles (47). Más alambicado, pero igualmente poderoso en el orden retórico, es el razonamiento *a contrario* en relación al art. 326, 3.º, en el que —como es sabido— se excluyen las ventas de los artesanos. Las ventas que hacen los artesanos de sus productos, se arguye, no son mercantiles, por carecer el artesano de ánimo de lucro; por consiguiente —*a contrario*—, el industrial, que no carece de lucro, cuando realiza una venta está haciendo una compraventa mercantil. Al entrañar tales ventas la reventa de las materias adquiridas y transformadas, se obtiene la conclusión de que la reventa es mercantil (48).

Este modo de proceder, por lo demás muy brillante, de nuevo se nos antoja inconsistente, y ello por un par de sólidas razones: en primer lugar porque entendidas así las cosas, las normas contenidas en el art. 326, 3.º y 4.º, no serían ya —según el mismo Polo presupone (49)— *excepciones* (como con toda evidencia lo demuestra el hecho de que no estén contenidas en el tipo descrito por la norma general del artículo 325). Y no siendo *excepciones*, el argumento *a contrario* pierde su valor lógico, pues —como, por lo demás, es opinión generalizada— no tiene eficacia demostrativa respecto de los *topoi* (50). Buena prueba de ello son los resultados a los que con él llega Polo, que amplían la norma general, cuando la función que suele cumplir el argumento *a contrario* es justamente la opuesta, una función restrictiva (51). En segundo lugar —e íntimamente conectado con lo dicho— la argumentación que consideramos falla, pues parte de unas premisas que,

para la que no fue *acotable* o *previsible*) por el legislador. Pero lo cierto es que la «reventa» sí fue acotada; y lo fue de modo negativo (sobre este punto, v. *infra*, nota 75). A mi juicio, habría que distinguir entre lagunas *intra legem*, cuya existencia la denotaría la presencia de una cláusula general y que sólo a través de este expediente son integrables (tal me parece el sentido del art. 2 C. de C.); y lagunas *extra legem*, cuya condición de cobertura es que exista identidad de razón con una norma prevista típicamente o, si se quiere, como acostumbra a decir los autores alemanes, que su ausencia de regulación sea contraria al programa legal (*planwidrig*): sobre la referida distinción, v., entre otros, M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlín, 1967, p. 196 (existe 2.ª ed., Berlín, 1976). En el caso de la «reventa», de haber laguna —que no la hay—, habría que calificarla de *extra legem* y, consiguientemente, no sería integrable porque no existe —como decimos en el texto— identidad de razón con el supuesto del art. 325.

(47) Cfr. POLO, *op. cit.*, pp. 301-302.

(48) *Ibid.*, p. 301.

(49) *Ibid.*, p. 301, *in fine*.

(50) Cfr., sobre este punto, U. KLUG, *Juristische Logik*, Berlín-Heidelberg-New York³, 1966, p. 129.

(51) Cfr. TARELLO, *L'interpretazione*, cit., pp. 345-350.

cuando menos, no son claras (52); a nuestro juicio, parte de algo que el legislador no dijo: nunca hay ventas mercantiles, sino y únicamente compras (y aún dentro de éstas, mercantiles son solamente las lucrativas, mientras que las consuntivas son civiles). Claro que se nos podría objetar que también la premisa que nosotros fijamos es falsa; a lo que habríamos de responder que cuenta con el aval positivo de dos preceptos concurrentes en su lógica (el art. 325 y el 326, 1.º) y con una racionalidad económica impecable (según tendremos ocasión de poner de relieve más adelante). Así las cosas, la premisa es que toda compra lucrativa es mercantil; de lo que *a contrario* se infiere que toda compra no lucrativa es civil (53). Ahora bien, aunque sólo la compra lucrativa es mercantil y toda compra no lucrativa es civil (esta es la regla general), existen casos en los que *excepcionalmente* nos encontramos con compras lucrativas que son civiles: art. 326, 2.º, 3.º y 4.º, que representan verdaderas *excepciones*. Por ello, tales preceptos deben ser leídos, a los efectos de este razonamiento, en el sentido de que *las compras lucrativas (en principio mercantiles) no son mercantiles cuando el vendedor es un labriego, un artesano o un particular que revende el excedente*. Sólo así, configuradas como excepciones las hipótesis del artículo 326, cabe el argumento *a contrario*. Argumento que, por ejemplo, respecto del art. 326, 4.º, habría que pensar del siguiente modo: si la compra lucrativa (premisa mayor y norma general) se le hace *a* un particular que revende su excedente (premisa menor y norma excepcional), la compraventa no es mercantil (conclusión); *a contrario*: toda compra lucrativa que no se realice frente a un particular que revende su excedente es mercantil. Aquí la inferencia lógica es correcta, porque parte de términos respecto de los cuales cabe —lógicamente hablando— el argumento *a contrario*.

c) *El argumento «topográfico»: «la reventa es mercantil, porque de alguna manera está presente en el Código de Comercio»*. Para exponer este argumento nada será mejor que seleccionar unas palabras del mismo profesor Polo, en las que queda excelentemente perfilado:

«... los artículos 85, 86 y 87 del Código de Comercio, que regulan la compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público, están dictados sobre la base de que la reventa que a diario se realiza en dichos establecimientos es siempre mercantil, independientemente del destino que por el comprador se quiera dar a las cosas compradas. En realidad —añade Antonio Polo— bastaría para afirmar el carácter mer-

(52) Señala Klug que el argumento *a contrario*, en el sentido de la lógica jurídica, sólo puede traerse a colación cuando las premisas han sido previamente fijadas en vía interpretativa; cuando el argumento *a contrario* se utiliza justamente para fijar las premisas, como ocurre en el razonamiento que objetamos, éste carece de valor lógico: cfr. KLUG, *Juristische Logik*, cit., p. 140.

(53) Es en este sentido en el que, a mi juicio, el art. 326, 1.º, era innecesario, como, por lo demás, ya había sido puesto de relieve por los viejos mercantilistas (v. *retro* notas 30 y 31).

cantil de estas operaciones —compras para el consumidor, reventas para el comerciante titular de la tienda o establecimiento—, la sola circunstancia de hallarse contenida su regulación en el propio Código de Comercio: "Serán reputados actos de comercio —dice el artículo 2.º, párrafo segundo— los comprendidos en este Código..." » (54).

Respecto de este argumento, aparentemente tan persuasivo, cabe hacer, cuando menos, dos observaciones críticas: *Primera*, que cuando el Código dice «comprendidos» quiere decir —obviamente— comprendidos según las reglas que el mismo Código suministra: según el art. 326, 1.º, por consiguiente, las «compras para uso o consumo personal» no están «comprendidas». Esta conclusión no se desmiente por el artículo 85 C. de C. que disciplina *especialmente* (como corresponde al Derecho mercantil *qua* Derecho especial) una materia regulada con carácter general en el C. c. La especialidad de la norma establecida por el art. 85 no es una especialidad de Derecho de obligaciones (lo que tampoco autorizaría la conclusión de Polo), sino de Derechos reales; y en este sentido, el punto de referencia —como lo es en el art. 464 C. c.— no es la reventa, sino las mercaderías, por lo que, en definitiva, la reventa no se halla ni siquiera presente (55). *Segunda*, que aunque la reventa se encontrase mencionada —lo que admitimos únicamente a efectos dialécticos— no habría que pensar por ello que la reventa es un acto de comercio, sujeto a la disciplina del Código. Los resultados absurdos a los que conduciría este tipo de metodología nos ponen en guardia de sus peligros: así, por ejemplo, tendríamos que admitir que las capitulaciones matrimoniales por las que se consiente que los bienes gananciales (que no provienen de las resultas del comercio) queden afectos a las responsabilidades mercantiles de la persona casada que ejerce el comercio, son un acto de comercio por estar mencionadas en los artículos 6 y siguientes C. de C.

En realidad, las normas contenidas en los arts. 85, 86 y 87 C. de C. son normas que se explican en función del lugar —establecimiento mercantil, feria o mercado—, en donde se celebre la compraventa, siendo intrascendente a estos efectos la calificación civil o mercantil del negocio. Si la compra es para uso o consumo personal será civil, aunque se le aplique la disciplina de los mencionados artículos del Código de Comercio. Esta aplicación del Código de Comercio a una compra para uso o consumo personal representaría lo que, a mi juicio acertadamente, el profesor Lalaguna ha denominado «una dimensión comercial de un acto civil» (56).

Pues bien, efectuado ya el reconocimiento crítico de los argumentos más sobresalientes con los que se ha pretendido defender la mercantilidad de

(54) POLO, *op. cit.*, p. 306.

(55) Cfr., aquí, VICENT CHULIÁ, «La delimitación», cit., p. 520. También DE CASTRO, «Arbitraje», cit., pp. 663-664, nota 159.

(56) Cfr. LALAGUNA, «Interacciones de las leyes mercantiles y civiles», cit., p. 3. Esta conclusión nos parece fuera de toda duda. No existe correspondencia necesaria —como parece entender el prof. Polo y la doctrina

la reventa, o mejor dicho —y volvemos así al lenguaje del Código— de la «compra para uso o consumo personal» (57), nos volvemos a ratificar en la idea de la inutilidad de todo este viaje, cuando la ley es clara: «Las compras de efectos destinados al consumo del comprador...» —dice el artículo 326, 1.º— no se reputarán mercantiles. A mi juicio, éste es uno de esos ejemplos evidentes de que *in claris non fit interpretatio*.

Una última cuestión, cuya respuesta únicamente sugiero, es la relativa a si en el plano de la política del derecho al menos (ya que no en el del derecho dado) es oportuna y razonable la tesis mercantilista que postula la mercantilidad de las compras para uso o consumo personal, cuando el vendedor es un comerciante. Las posturas de nuestra doctrina a este respecto ya se conocen: los civilistas son partidarios de que tales negocios se disciplinen por el C. c., puesto que su normativa es más favorable al comprador, que es la parte débil de la relación. Los mercantilistas, por el contrario —y en términos generales— se pronuncian en el sentido opuesto, aduciendo que la suscripción de tales actos —de las reventas— al C. c. entorpece el tráfico económico, puesto que sus reglas no satisfacen adecuadamente las exigencias de rigor y rapidez que el mismo reclama; e incluso algunos de estos autores estiman que, «en líneas generales, y salvo excepciones, el régimen mercantil de la compraventa es más favorable al comprador» (58). No nos podemos detener ahora en un examen comparativo de ambas normativas para solucionar la disputa; en todo caso, lo que

mercantil mayoritaria— entre la *disciplina especial contenida en el art. 85 y la índole mercantil de la reventa*. Para hacerlo visible, imaginemos que el titular de una joyería vende en su establecimiento abierto al público un collar de su mujer, la pulsera que su tía le había dejado para reparar o incluso su propio reloj (objetos todos que fueron adquiridos sin propósito de volver a ser puestos en venta). Aunque admitiésemos la tesis del profesor Polo, tendríamos que calificar de civil la compraventa, por la sencilla razón de que en este supuesto no concurren las condiciones que hacen posible derivar la mercantilidad del negocio a tenor de los argumentos anteriormente señalados (y básicamente porque la reventa no puede ser considerada aquí como la segunda parte de un mismo ciclo especulativo, pues, como queda dicho, los objetos no habían sido adquiridos con ánimo de ser revendidos). Sin embargo, a pesar de que se estimase civil la operación, no creo que ninguno de los autores que postulan la mercantilidad de la reventa pretendiese dejar sin aplicación a este caso la disciplina de la irreivindicabilidad establecida por el art. 85 C. de C. Y lo mismo podría decirse respecto de los arts. 86 y 87. Con lo cual debería quedar probado que no existe paralelismo necesario ni vicariedad alguna entre la *disciplina especial* del C. de C. y el *carácter mercantil* de la compraventa.

(57) Para un censo de otros argumentos de detalle y su crítica, v. VICENT CHULIA, *op. cit.*, pp. 511-515 y 515-536; en versión abreviada puede consultarse el manual del mismo autor: *Compendio crítico*, cit., II, pp. 237-238. En este trabajo no hemos podido proceder a una investigación histórica sobre el problema de la reventa; sin embargo, de la misma exposición que efectúa Polo no comprendemos bien cómo él llega a las conclusiones que llega (la mercantilidad de la reventa): v. POLO, *op. cit.*, pp. 289-294. Más bien creemos que históricamente compraventas mercantiles únicamente se consideraron las perfeccionadas entre comerciantes; aquéllas —como dicen las Ordenanzas de la Casa de Contratación de Bilbao, 11, 1— «que se estipulasen entre dos o más comerciantes» (debo esta indicación a De Castro).

(58) Así, por ejemplo, BROSETA, *Manual*, cit., p. 376.

parece inferirse de aquellas obras que han efectuado este análisis comparativo es que el comprador recibe un trato más favorable en el C. c. que en el C. de C. (59); e incluso, por mi parte, me atrevería a sostener que aquellas normas del C. de C. que son favorables al comprador (y hay bastantes), *sólo son favorables al comprador que es comerciante*, pues de poco sirve al comprador-consumidor, por ejemplo, la facultad que el artículo 328 le reserva, en el sentido de que cuando compre géneros que no están a la vista (¿cuando lo hace el consumidor?) se le permite examinarlos y rescindir el contrato siempre que no sean de su conveniencia. Este precepto, claramente, está pensando en el comprador-comerciante que adquiere para revender. Por lo demás, esta conciencia de que el Código de Comercio ofrece un trato favorable al comerciante frente al consumidor, se halla bastante generalizada entre los autores de otros países. A tales efectos bastará con que seleccione un par de testimonios de juristas de reconocido prestigio, cuyo pensamiento en ningún caso podrá juzgarse de sesgado por planteamientos ideológicos de corte más o menos radical. Ello nos excusará, a los efectos aquí perseguidos, de un análisis más detallado de la riquísima bibliografía existente sobre este motivo tan «vivantiano».

El primer testimonio lo recogemos de un reciente manual de Derecho mercantil alemán, en el que se juzga así la regulación contenida en el HGB de la compraventa (cuyas normas, como es sabido, son aplicables a las compras para uso o consumo personal, excepto en lo relativo a los usos comerciales, a la doctrina del daño abstracto y a la pronta denuncia de los vicios):

«Desde la perspectiva de la política del Derecho, el Derecho de la compraventa mercantil es desafortunado por resultar aplicable también a los actos de comercio unilaterales. Basta con que una parte sea empresario —y lo será el vendedor— para que entren en juego las reglas especiales de la compraventa comercial [...]. La preferencia otorgada al interés del vendedor en la compraventa mercantil únicamente encuentra justificación hoy en día respecto de los negocios jurídicos que para ambas partes sean actos de empresa [*Unternehmensgeschäfte*]; no así respecto de los actos de comercio unilaterales, que pertenecen al ámbito de la protección del consumidor. Por ello, no es ninguna casualidad el hecho de que, como reflejo de la realidad jurídica [actual] sólo tengan interés práctico hoy aquellas reglas que valen para los actos de comercio bilaterales; o mejor dicho, para los actos de empresa bilaterales» (60).

El otro testimonio —éste ya en relación con la Ley uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías (convenio de La Haya, de 1-VII-

(59) Cfr. VICENT CHULIÁ, «Delimitación», cit., pp. 525-535.

(60) K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, Köln-Berlin-München-Bonn², 1982, p. 577. Véase también en el mismo sentido, desde una perspectiva más general, P. RAISCH, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Karlsruhe, 1965, pp. 31-32.

1964)— nos lo proporciona un importante *Kommentar*; hablando del artículo 7, en el que se establece que la Ley se aplicará con independencia de la condición de comerciante de las partes, dice:

«Las consecuencias a que conduce el hecho de que la Ley sea aplicable también a contratos de compraventa perfeccionados con personas que no tienen experiencia en el tráfico mercantil no son de recibo; no pocos preceptos [de la Ley] están recortados sobre las necesidades particulares del tráfico comercial, razón por la cual establecen para las partes elevadas cotas de diligencia y puntualidad [que no parecen apropiadas para los consumidores]» (61).

¿Cuál es entonces la solución ideal? Desde luego hemos de reconocer que nosotros no la poseemos. Podemos decir, sin embargo, que desde nuestro punto de vista habría que ir hacia soluciones diversificadoras más que hacia soluciones unificadoras. La solución no está en la unidad: ni en la «comercialización» del Derecho civil, pues ello iría en detrimento de los consumidores; ni en la «civilización» del Derecho comercial, pues ello afectaría negativamente a los intereses del tráfico profesional (62). Acaso —y se trata de una propuesta a discutir en el plano emergente de un posible Derecho del consumo como rama jurídica autónoma— la tesis elaborada por Norbert Reich no sea tan descabellada como alguien a primera vista pudiera pensar. Como es sabido, este autor propone una triple división del Derecho patrimonial privado: el «Derecho empresarial», cuyo cometido sería el de disciplinar las relaciones entre empresas; el «Derecho de los consumidores», para regular las relaciones entre los comerciantes y el público de los consumidores (en este punto la normativa básica es la

(61) H. DÖLLE, en H. DÖLLE (ed.), *Kommentar zum einheitlichen Kaufrecht*, München, 1976, p. 33. Que el juicio de Dölle no estaba nada desencaminado lo prueba de manera fehaciente el cambio de orientación experimentado por el derecho uniforme en este punto. Y así hoy podemos observar que en el Convenio de Viena de 11-IV-1980 sobre contratos internacionales de compraventa de mercaderías (sustitutivo del de La Haya de 1964, al que nos referíamos en el texto) se excluyen ya expresamente de su ámbito de aplicación —siguiéndose en este punto una orientación muy similar a la del *Uniform Commercial Code* americano— las «compras para uso o consumo personal». Este es el texto del artículo 2: «This Convention does not apply to sales: (a) of goods bought for personal, family or household use...». Los términos del artículo 326, 1.ª de nuestro Código nada tienen, pues, que envidiar a esta ley internacional.

(62) A título de ejemplo, v. las consideraciones críticas de Santini sobre este particular: G. SANTINI, *Il commercio*, Bologna, 1979, pp. 265-267 (y ss.). Nuestra literatura, como es sabido, generalmente se manifiesta partidaria de la unificación del derecho privado en materia de contratos y, concretamente, en materia de compraventa. Entre los múltiples testimonios de nuestra doctrina en este sentido, pueden consultarse los trabajos de A. BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, «En torno a la unificación del Derecho Privado», en *Estudios en homenaje a F. DE CASTRO*, Madrid, 1976, I, esp. pp. 159-160; y de M. BROSETA, *La empresa, la unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil*, Madrid 1965, pp. 232-237.

relativa a las condiciones generales de los contratos); y el «Derecho civil», a quien incumbirían las relaciones entre particulares. Nos da este ejemplo: la venta de una partida de automóviles de la empresa fabricante a los distribuidores se regularía por el Derecho empresarial; la adquisición por parte de un consumidor de un coche de manos del distribuidor, por el Derecho del consumo; finalmente, la venta que el particular efectuase de su coche usado a otro particular correspondería en su disciplina al Derecho civil (63). Queda en todo caso para ocasión más propicia la discusión sobre la eventual conveniencia de aceptar o no esta trilogía.

7. Finalmente nos corresponde examinar la tercera hipótesis que cabe —o que puede haber— dentro del grupo de las compras: *la compra para uso o consumo empresarial*. Se trata de un tipo de compraventa que tradicionalmente ha venido siendo asimilado a la «compra para uso o consumo personal» y que ha recibido, por consiguiente, su misma calificación (es decir, *civil*, por parte de las tesis civilista y *mercantil* por parte de la tesis mercantilista). Recientemente, sin embargo, a la vista de esa situación que se juzga insatisfactoria, se ha planteado la necesidad de la distinción, no sólo conceptual, sino también normativa, entre ambos tipos de compraventa, y se ha planteado, precisamente, en el sentido de considerar mercantil la «compra para uso o consumo empresarial» y civil aquella otra para consumo personal o familiar (64). Por nuestra parte nos sumamos a esta orientación y entendiéndolo, como hemos entendido, que debe reputarse civil la compra consuntiva personal, estimamos indispensable demostrar

(63) Cfr. N. REICH, «Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz», en ZPR 7 (1974), p. 188. No muy lejos de este tipo de planteamiento se halla la sugerente propuesta de Ludwig Raiser de dividir el derecho privado en «ámbitos funcionales», gobernados cada uno de ellos —en función del interés público creciente— por principios diversos: el ámbito de la producción y distribución de bienes (para la satisfacción, fundamentalmente, de las necesidades de los consumidores); el ámbito del tráfico económico (referido sólo al tráfico regular de las empresas); y, por fin, el ámbito de las grandes organizaciones económicas: cfr. L. RAISER, «Die Zukunft des Privatrechts», en su libro *Die Aufgabe des Privatrechts*, Kronberg-Ts., 1977, pp. 208-234, esp. pp. 224-229 (existe también edición separada del trabajo, Berlin-New-York, 1971).

(64) Me refiero a J. M. MUÑOZ PLANAS, «La prescripción del derecho al precio en las ventas al consumo», en *Estudios homenaje a A. POLO* (= Oviedo, 1979), p. 744. Aprueba —y sigue— esta orientación F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Valladolid⁸, 1981, pp. 405-406. En parte coincidente, J. M. DE LA CUESTA RUTE, en «Compraventa civil y compraventa mercantil», en LA LEY 413 (10-V-1982), pp. 2-3. Este autor —si lo hemos entendido correctamente— parece aceptar la distinción; más tarde, sin embargo, formula sorprendentemente, un «concepto amplio de compraventa de consumo» (sujeta al derecho civil), en el que caben todos aquellos supuestos de compraventas que él llama de uso o consumo empresarial que tienen por objeto bienes que, una vez transformados, pasan a manos de terceros. Este supuesto (que a mí —dicho sea de paso— me parece de «compra para revender») se califica de civil. En cambio, si las cosas compradas no vuelven a salir del círculo de la empresa para la que fueron adquiridas (v. gr., bienes de equipo), entonces, las compraventas a través de las cuales se adquirieron se califican de mercantiles.

con una argumentación adecuada la mercantilidad de la «compra para uso o consumo empresarial». Nuestro razonamiento, sin embargo, difiere notablemente del que tradicionalmente vienen articulando los «mercantilistas» para arribar a dicha conclusión. En realidad, para ellos, la «compra para uso o consumo empresarial» es mercantil no por ser compra (aquí, el error), sino por ser venta; y concretamente la reventa que un industrial efectúa de los productos transformados (por ejemplo, una pala excavadora) que previamente había adquirido (65). Desde nuestro punto de vista, este *modus procedendi*, según creemos haber podido demostrar, no está autorizado por la Ley. La naturaleza mercantil de este tipo de compraventa, por consiguiente, deberá ser inferida (de ser inferible, claro está) dejando siempre a salvo el postulado capital que gobierna esta materia; a saber: *que la mercantilidad de un negocio sólo puede deducirse de la operación de la compra y del sentido específicamente lucrativo que esa operación cobra en el programa de fines del comprador*. Aún así, con todo, el proyecto anunciado —«comercializar» la compra para uso o consumo empresarial— me parece plenamente viable, a condición de que lo realicemos a través de este doble procedimiento interpretativo: primero a través de una *reducción teleológica* del ámbito material del art. 326, 1.º; y segundo, a través de una *integración analógica* del campo de relaciones cubierto por el artículo 325. Ambas operaciones, aunque distintas, tienen una misma e idéntica justificación: *mantener la integridad y la racionalidad del mandato legal*. Si la analogía se justifica por la necesidad racional (y constitucional) de tratar igual los casos iguales, utilizando en la medición, claro está, el punto de vista valorativo decidido por el ordenamiento, la reducción en base a fines se fundamenta en la necesidad también racional (y constitucional) de tratar desigualmente lo que es desigual. Lo cual, en última instancia, debe conducir a efectuar las diferenciaciones que sean requeridas en función de la valoración que inspira e informa al sistema. Sólo así, a través de estas operaciones, nos parece que se hace factible colocar al lado del «supuesto de hecho literal» (*Wortlautstatbestand*) del art. 325, la «compra para revender», el «supuesto de hecho interpretativo» (*Auslegungstatbestand*) que nos ocupa, es decir, la «compra para uso o consumo empresarial».

Procederemos, en primer lugar, pues, a la reducción teleológica. Se trata de demostrar que la «compra para uso o consumo empresarial» no está contenida en el art. 326, 1.º; e incluso que es incompatible con sus fines. Como se recordará, precisamente era la tesis opuesta la que acogía y desarrollaba el Tribunal Supremo en la sentencia de 21-XII-1981, que dio origen a estas páginas. La decisión adoptada por el juez de casación en aquella fecha, una vez sentada la doctrina de que la mercantilidad la confiere única y exclusivamente la concurrencia del doble ánimo de revender y de lucrarse en la reventa, era la siguiente:

«... por lo que no puede considerarse con la singularidad mercantil la compraventa de un producto que como el «Hidrocal» se adquiere por el comprador para integrarlo en un proceso

(65) Así, por ejemplo, POLO, *op. cit.*, p. 301.

productivo de una materia y que quedó integrado con otros elementos para ser aplicado al raseado del techo y paredes de un edificio que se construyó por el adquirente, revelando por tanto que el comportamiento intencional, que como viene dicho es el que prima a efectos de configurar una compraventa como civil o mercantil, en orden a la adquisición efectuada por el mencionado don Santiago Santisteban Gómez [...] no fue su dedicación a la reventa, sí que a una actividad [...] constructiva, que efectuada consumió en esencia [...] proveyéndole con ello el carácter de compraventa civil...».

Esta decisión, por otra parte, se incardina con toda congruencia en la línea jurisprudencial anterior del Tribunal Supremo, quien ha mantenido siempre con firmeza que la subsunción correcta de los casos que nosotros venimos llamando de «compra para uso o consumo empresarial» es la que los hace caer, para excluirlos del ámbito mercantil, dentro del artículo 326, 1.º. Es más, la mayoría de las resoluciones de nuestro Tribunal de Casación en las que se ha debatido el problema (en rigor, un problema distinto) de las compras para uso o consumo y en las que se ha rechazado de raíz la doctrina de la «mercantilidad de la reventa», han tenido lugar, precisamente, con motivo de «compras para uso o consumo empresarial». Por lo que, una vez más, nos sentimos forzados a precisar que, si bien estamos de acuerdo con que se rechace aquella doctrina de la «mercantilidad de la reventa», disentimos, en cambio, de la ocasión en que se combate y, sobre todo, de las soluciones que se adoptan, que, en última instancia, desembarcan en una aplicación indiferenciada del art. 326, 1.º, a las economías domésticas y a las economías industriales. Pero examinemos por un momento cuáles han sido los pronunciamientos más sobresalientes en este sentido:

Caso: compraventa de maquinaria (tornos) entre comerciantes: «...ese contrato no merece en derecho la calificación de mercantil y [...] es civil su naturaleza propia; pues si bien el régimen positivo español no suele ser consecuente con el sistema objetivo en que se dice inspirado y frecuentemente recurre para definir el acto de comercio a notas subjetivas, precisamente cuando se trata en particular de la compraventa mercantil, el art. 325 sí toma en preferente consideración un elemento objetivo [la mercadería], desdeña en cierto modo la condición de los intervinientes, [y] subraya la presencia de otro elemento (el intencional), que domina y cualifica la convención y [lo] refiere de modo inequívoco, no al trasmittente, sino al adquirente de la mercancía, quien ha de ser el que tenga el "propósito" de revenderla y quien trate de lucrarse en la reventa...» (STS 27-I-1945 [Rep Ar 120/1945]).

Caso: compraventa de maquinaria (tornos extrarrápidos) entre

comerciantes: no tienen «aplicación al caso el art. 336 del Código de Comercio ni el 342 [...] por no tratarse evidentemente de compraventa de índole mercantil, por carecer de una de sus notas características: el ánimo de lucro a que se refiere el art. 325 de dicho cuerpo legal» (STS 1-VII-1947 [Rep Ar 927/1947]).

Caso: compraventa de una máquina para la extracción de aceite de oliva entre comerciantes: «... la característica esencial de la compraventa mercantil es la intencionalidad del comprador, que ha de ser la de revender las cosas con ánimo de lucro y siendo ello así y referido el contrato debatido a la compraventa de maquinaria para la molturación de la aceituna [...], sin ánimo de revender el molino, ni su maquinaria, ni sus piezas para obtener un lucro en la reventa, el contrato debe reputarse compraventa civil y sometido a las reglas del Código sustantivo [civil, claro]...» (STS 7-VI-1969 [Rep Ar 3285/1969]).

Caso: compraventa de un autobús entre un comerciante y otro que no lo es (pero que lo va a ser): es la «naturaleza [...] civil de la relación contractual [...] de autos la que impone la aplicación del art. 1967, 4.º, del Código civil, por tratarse de la venta de un vehículo por un comerciante a otro que no lo es, contrato que resulta excluido del ámbito mercantil por la definición del art. 325 del Código de Comercio...» (STS 14-V-1979 [Rep Ar 1828/1979]) (66).

De esta pequeña exposición obtenemos la conclusión de que para nuestro Tribunal Supremo, como decíamos un poco más arriba, la hipótesis de compra que consideramos (que incluye tanto materiales a *integrar* en la producción, como maquinaria para *realizar* la producción), es siempre y en todo caso de naturaleza civil, porque, no estando su objeto destinado a la reventa, *se considera necesariamente destinado al consumo* y, por consiguiente, se subsume en la previsión del art. 326, 1.º.

Esta subsunción, sin embargo, sólo nos parece válida en la superficie de la letra del art. 326, 1.º; más abajo, en su ámbito teleológico, no cabe en modo alguno. Esta es la razón por la cual considerábamos imprescindible proceder a una reducción teleológica de la norma. En el fondo —como con todo tino señala Muñoz Planas— la «compra para uso o consumo em-

(66) La primera de las mencionadas, la STS 27-I-1945 es la que comenta Polo en su trabajo tantas veces citado; sobre la última —STS 14-V-1979— pueden verse las consideraciones críticas de Muñoz en su ya referido trabajo. Para el estudio de la «pequeña jurisprudencia» de las Audiencias, v. MUÑOZ, *op. cit.*, pp. 726-743. Existen otros pronunciamientos del Tribunal Supremo en los que —en la misma línea de los referidos en el texto— se presupone el carácter civil de este tipo de compraventa: v., a título de ejemplo, STS 15-X-1979 (Rep. Ar. 3392/1979): compraventa de excavadora entre comerciantes; STS 14-X-1970 (Rep. Ar. 4229/1970): compraventa de un conjunto de ruedas para el lanzamiento de vigas entre dos comerciantes.

presarial» no está *tipificada* por el art. 326, 1.º La previsión legal de ese precepto contempla únicamente «las compras de bienes destinados al consumo *personal* del comprador o del tercero para quien adquiere; esto es [destinados] a su consumo *doméstico*, el propio o de su familia, pero no al consumo industrial o comercial de los empresarios» (67).

En favor de esta interpretación reductora del ámbito material del artículo 326, 1.º, pueden alegarse algunos argumentos de peso. En primer lugar, el proviniente del mismo tenor literal del precepto nos da ya una pista sobre su verdadero significado: el texto habla, *expressis verbis*, de «consumo»; y, en rigor, de «consumo» sólo se suele hablar en relación a las economías domésticas, pues sólo ellas son «economías de consumo». En el contexto de la empresa industrial, la palabra, según su connotación semántica corriente, no resulta adecuada: la empresa no compra para «consumir», sino para «producir». Este pensamiento se avalaría además por una interpretación histórica del art. 326, 1.º, que, a través del art. 360, II del Código de Sainz de Andino, procede, casi con toda seguridad, del artículo 638, I *Code de Commerce*; y precisamente de aquel inciso en que éste señala que «[N]e seront point de la compétence des tribunaux de commerce [...] les actions intentées contre un commerçant pour paiement des denrées ou marchandises achetées pour son *usage particulier*» (68). Respecto de este precepto apostilla Pardessus (en un momento de su obra con la que trabajó y en la que se inspira Sainz de Andino): «para su uso particular» significa lo mismo que «para satisfacer las necesidades de su persona o de su familia». «Este destino —añade— excluye toda idea de *engagement* comercial»; huye de cualquier tipo de afectación del bien comprado al «ejercicio del comercio» (69). De este pequeño dato podemos ya, sin más, inferir que la razón de la exclusión operada por el art. 326, 1.º de nuestro Código estriba únicamente en el destino de los bienes adquiridos al uso o consumo de la *economía familiar*. Esta conclusión, por otra parte, se corrobora si tenemos en cuenta el Derecho comparado del momento. Los viejos *Codici di Commercio* italianos (el de 1865 en su art. 2, 1.º, y el de 1882 en su art. 5) tampoco reputaban acto de comercio la compra para uso o consumo del «acquirente o della sua *famiglia*». La mención expresa de esta palabra —«familia»— nos indica con toda claridad cuál es la *ratio* de la exclusión: el destino de los bienes a la cobertura de las necesidades domésticas (70). En el mismo sentido se producía, por ejemplo, el art. 464 del Código comercial portugués. En resumen, pues, y sin que sea preciso alargar estas consideraciones, podemos decir que la exclusión operada por

(67) Cfr. MUÑOZ, *op. cit.*, pp. 744-745.

(68) Esta genealogía del precepto (si no directa, al menos indirecta) la sugiere MUÑOZ, *op. cit.*, p. 745, nota 282.

(69) PARDESSUS, *Cours*, cit., I, p. 87.

(70) Y hasta tal punto parecía evidente esta conclusión que los autores consideraban la declaración legal innecesaria, un mero «ossequio alla tradizione»: así, por ejemplo, BOLAFFIO, *Degli atti di commercio*, cit., p. 544.

el art. 326, 1.º, se funda en el hecho de que la *función económica del negocio no es, en última instancia, productiva* (71).

Ergo, en la medida en que la «compra para uso o consumo empresarial» tenga una función productiva —y no creo que nadie pueda dudarlo seriamente—, será legítima la reducción teleológica que estamos proponiendo.

Ahora bien, desalojado este supuesto de compraventa del art. 326, 1.º, ¿dónde es pertinente reinsertarlo? A nuestro modo de ver, su sede no puede ser otra que la del art. 325. Para reconducirlo a ese cauce es menester, sin embargo, que procedamos a integrar analógicamente el supuesto. Entramos así en la segunda fase de la operación interpretativa; en ella hemos de esforzarnos por demostrar que entre el supuesto de hecho literal de la norma —la «compra para revender»— y la «compra para uso o consumo empresarial» media «identidad de razón» en punto precisamente al criterio que el legislador ha seleccionado como relevante en orden a la atribución de mercantilidad a los negocios de compraventa. ¿Cuál es ese criterio? En el epígrafe núm. 5 del trabajo, cuando nos aproximábamos al estudio de la norma del art. 325 C. de C., ya lo esbozábamos: el criterio de asignación de la mercantilidad se encuentra única y exclusivamente en *el ánimo de inversión con que actúa el adquirente* y no en el ánimo de revender, que no es más que una manifestación —muy importante, si se quiere, sobre todo en el período histórico del «capital comercial»— de ese ánimo de lucro especial que entraña la operación económica de inversión. Pues bien, si las cosas son así, me parece que con demostrar o explicitar que en la «compra para uso o consumo empresarial» es dable constatar semejante «ánimo de inversión», la integración analógica que postulamos queda plenamente autorizada. Nos separaríamos así de la doctrina jurisprudencial ya expuesta, en la que, al amparo de una lectura en exceso apegada a la letra del art. 325, viene exigiéndose la constancia del doble propósito —*animus vendendi* y *animus lucrandi*— para dar curso a la calificación mercantil de una operación (72).

(71) Cfr., aquí, U. NAVARRINI, *Trattato teorico-pratico di Diritto Commerciale*, Torino, 1920, I, p. 202.

(72) También es verdad que existe alguna resolución en la que el Tribunal Supremo reconoció el carácter mercantil de una «compra para uso o consumo empresarial». Concretamente así sucedió en un caso de compraventa de *karts* entre dos comerciantes, cuyo destino no era la reventa sino su utilización empresarial. El alto Tribunal, sin embargo, no razonó esta decisión; en la sentencia únicamente hemos podido leer que «la naturaleza del contrato, según los términos de éste y los fundamentos aducidos en otros motivos, es la de mercantil»: STS/16-VI-1972 (Rep. Ar. 2744/1972). También se presupone el carácter mercantil de una compraventa de tuberías entre comerciantes en la STS/15-X-1980 (Rep. Ar. 3808/1980). Muy recientemente se ha calificado de mercantil la compraventa de materiales de construcción (en concreto de parquet para el solado de un edificio y de tabiques prefabricados: cfr. STS/12-III-1982 [Rep. Ar. 1372/1982] y STS 23-III-1982 [Rep. Ar. 1500/1982]). Los casos no revisten mayor importancia, pues se les ha reputado de mercantiles, porque se ha considerado que eran «compras para revender». En la primera de las resoluciones citadas dice el Tribunal Supremo: «En el caso de la litis, la intromisión especulativa del comprador es patente, por más que el parquet estuviera destinado a su colocación en un inmueble de manera permanente, pues la actividad construc-

El problema, por tanto, consiste en discernir si la compra de materias primas (aunque este supuesto, en rigor, ya está incluido en el tenor literal del art. 325); la compra de combustibles y materiales energéticos para la producción; la compra de maquinaria, mobiliario, etc., etc., son operaciones análogas (por ser actos de inversión) a las «compras para revender». O lo que es lo mismo: se trata de verificar si la ausencia de la «compra para uso o consumo empresarial» del art. 325 es contraria al programa de fines de la ley, en cuyo caso existe una laguna (y cabe, consiguientemente, la analogía); o si, por el contrario, esa ausencia sólo es opuesta a un programa determinado de política del derecho (laguna de *lege ferenda*), en cuyo caso es menester esperar la intervención del legislador. Al respecto y ante todo hemos de indicar que ese problema fue ya considerablemente discutido a lo largo de todo el siglo pasado, tanto en Francia como en España. La solución que recibió la disputa se orientó generalmente en sentido afirmativo; es decir, en el sentido de considerar que, existiendo una verdadera laguna normativa, procedía la analogía.

En Francia el debate giraba alrededor del artículo 632, I *Code de Commerce*, a tenor del cual, como es sabido, se reputaba mercantil «[T]out achat des denrées ou marchandises pour revendre, soit in nature, soit après les avoir travaillées et mises en oeuvre...». Pardessus, el autor que tanto habría de influir en nuestra codificación mercantil, alejándose sabiamente del burdo positivismo de *L'école de l'Exèges* a la sazón imperante, daba esta respuesta al problema que estamos tratando; esta finísima respuesta:

«On doit même considérer aussi comme acte de commerce l'achat que feraient des fabricants du bois et du charbon qu'ils consomment pour faire leurs distillations ou leurs fabrications. Ce serait abuser des mots que de dire qu'ils ne revendent pas ce charbon, ce bois, en tout ou partie, après les avoir travaillés: sans cet emploi ils n'auraient pu fabriquer les matières ou les liqueurs qu'ils vendent, et ici l'esprit de la règle doit l'emporter sur le respect servile pour les mots» (73).

tora, al igual que la manufacturera o fabril, no excluye la nota que se trata de elementos que luego son indiscutiblemente transformados, operación que *es propia del comercio de reventa*». Ambos pronunciamientos son comentarios conjuntamente por J. M. DE LA CUESTA RUTE, «De nuevo sobre la compraventa civil y mercantil», en LA LEY 517 (1-X-1982), pp. 7-12. Este autor combate con cierta dureza las decisiones alcanzadas por el Tribunal Supremo, totalmente correctas a mi juicio, esgrimiendo a tales efectos un argumento manifiestamente desviado: según él tales compraventas no podían haber sido reputadas comerciales, ya que «la industria inmobiliaria [queda] fuera de la actividad transformadora cuyos productos son objeto de reventa lucrativa a tenor del artículo 325 C. de C.». La debilidad de este planteamiento se constata con sólo tener presente que aun cuando admitiésemos (que no lo admitimos) que el tráfico de inmuebles queda fuera del Código de Comercio, ello no implica que debamos sostener que no es mercantil la *compra de bienes muebles* que se revenderán incorporados a inmuebles.

(73) PARDESSUS, *Cours*, cit., I, p. 26 (v. además *ibi*, pp. 29-30). En el mismo sentido —y de gran interés por la amplia información que suministra— L. NOUGUIER, *Des Tribunaux de Commerce, des commerçants et des actes de commerce*, Bruxelles, 1845, II, pp. 241-243.

Por encima del respeto servil a las palabras (ánimo de revender) hay que atender al espíritu de la regla (ánimo de invertir). Esta misma lección metodológica que hoy proponemos frente a los excesos literalistas de nuestra más alta judicatura, fue también predicada por algunos de nuestros mejores mercantilistas del siglo XIX. Estas palabras, que con toda probabilidad se las debemos al mismo Sainz de Andino, son el mejor testimonio de ello:

«¿Serán también mercantiles las compras de las materias auxiliares de la fabricación que no quedan incorporadas en el producto fabricado y, por tanto, no se revenden, ni en la misma ni en diferente forma, como el carbón mineral que pone en movimiento la maquinaria de una fábrica? Si hubiéramos de atenernos estrictamente a la letra del artículo 359 [y hoy a la del 325], contestaríamos negativamente a esta pregunta; pero haciéndose estas compras con el mismo propósito que la de las materias de que se compone el producto fabricado, siendo necesarias en unos casos y de gran utilidad en otros para fabricarles, y habiendo en ellas ánimo de obtener un lucro, creemos que no reputarlas actos de comercio es desconocer la naturaleza de esta industria y de las operaciones que la constituyen. Lo mismo decimos de las compras de máquinas y herramientas, cuando no se consideran como accesorio del edificio en que se halla el establecimiento fabril, porque en este caso, siendo compras de inmuebles, no pueden tener legalmente la consideración de mercantiles» (74).

Este texto habla por sí solo. En él queda excelentemente perfilada la identidad o, cuando menos, la similitud de *ratio* que media entre las «compras para revender» y las «compras para uso o consumo empresarial». Con lo que, en última instancia, se hace factible aplicar a las últimas lo dispuesto para las primeras. La integración analógica del artículo 325 se revela, consiguientemente, plenamente hacedera. Frente al argumento textual, estamos ya en condiciones de replicar que esa referencia legal al propósito de reventa responde sólo —como atinadamente señala Muñoz— a caducos motivos históricos; al hecho, se quiere decir, de que la ley arranca de la *consistencia histórica* de la actividad especulativa del mercader, pero sin que ello implique necesariamente la exclusión del ámbito mercantil de las

(74) P. SAINZ DE ANDINO, L. ARRAZOLA y otros, «Actos de comercio» en *Enciclopedia española de Derecho y Administración o nuevo Teatro Universal de la Legislación de España e Indias*, Madrid, 1848, I, pp. 154-155 (*apud* POLO, *op. cit.*, pp. 296-297). El inciso final del texto reproducido se explica, porque —como ya sabemos— el artículo 360, I C. de C. de 1829 excluía de la mercantilidad los «bienes raíces y efectos accesorios», cosa que desaparece en el actualmente vigente art. 326: *v. retro* n. 4.

La interpretación que estamos intentando llevar a puerto parece darla por presupuesta el Diputado señor Carvajal en su intervención en las Cortes, en el período de sesiones en que se discutía el actual Código de Comercio: cfr. *Diario de Sesiones de las Cortes* de 27-11-1883 (n. 53), p. 1114.

compras efectuadas por los empresarios de bienes que, aunque no destinados a ser revendidos, sin embargo, se hallan *preordenados a subvenir las necesidades de la explotación industrial*. Pues unas y otras compras —para «revender» y para «consumir empresarialmente»— presentan entre sí una evidente *identidad funcional* y una conexión tan estrecha que carecería de sentido someter unas al Código de Comercio y otras al Código Civil (75). Más adelante, ya muy pronto, estudiaremos las razones económicas que nos conducen ahora a postular la susodicha «identidad funcional» entre ambos tipos de compraventas comerciales.

En el caso de nuestra sentencia, si sabemos leer más allá del significado inmediato de las palabras, llevaban, pues, razón los recurrentes, cuando en el motivo quinto de la casación alegan —según consta en la copia de la sentencia original en nuestro poder— que:

«... esa mercancía [el «Hidrocal»] la adquiere don Santiago Santisteban, no para su propio consumo, sino para revenderla transformada —incorporada a los materiales para el raseo de techos y paredes de la edificación 'Palma Nova'— con ánimo de lucrarse en la reventa. La compraventa que ahora se examina es [por consiguiente] compraventa mercantil, según la definición que de la misma se contiene en el artículo trescientos veinticinco [325] del Código de Comercio».

Repárese en el hecho de que a estos efectos lo mismo importa el producto que se incorpora que la máquina que se utiliza para incorporarlo.

Pues bien, son estas consideraciones y no otras las que, por ejemplo y para poner término a este epígrafe, nos deben conducir a resolver la disputa sobre la mercantilidad de la «compraventa de empresa» en sentido afirmativo, coincidiendo una vez más en la conclusión con la tesis más ge-

(75) Así MUÑOZ, *op. cit.*, pp. 747-748. Este planteamiento doctrinal ha sido recogido por el Auto de 22-IV-1980 de la Audiencia Territorial de Oviedo (Sala de lo Civil), en el que se pueden leer incluso las mismas palabras que utilizaba Muñoz en su anterior edición del trabajo (Oviedo, 1979): «puede decirse que son compraventas mercantiles las compras de bienes muebles efectuadas por empresarios que, aunque no destinados a la reventa, sin embargo están preordenados a subvenir las necesidades de la explotación». Para Muñoz, por otra parte, el supuesto que consideramos —«la compra para uso o consumo empresarial»— debe reputarse mercantil a través de la vía del artículo 2 C. de C. En este punto, sin embargo, disiento. A mi juicio, la función del artículo 2 (como ha puesto de manifiesto GIRÓN, *El concepto*, cit., pp. 146-147) es la propia de una «cláusula general de mercantilidad», pero que únicamente opera —como decíamos antes (v. *supra*, nota 46)— respecto de aquellos grupos o constelaciones de casos en los que no ha habido decisión legislativa; es decir, donde hay laguna intralegal o de *ratio*, por ejemplo en el supuesto del contrato de *franchising* o *factoring*. Y ese no es el caso ahora: en materia de compraventa sí ha habido una clarísima decisión legislativa; por ello el modo de proceder es el marcado por el artículo 4, I CC.: la analogía *legis*. No quiere esto decir, ni mucho menos, que con este planteamiento suscribamos las tesis de aquellos que —como RUBIO, *Introducción*, cit., p. 437 o como FIGA FAURA, «Colisión intraestatual de ordenamientos», cit., p. 83— entienden que la analogía consagrada por el artículo 2 C. de C. es la analogía en sentido técnico. Entre otras razones, porque si así fuese, el artículo 2 sería innecesario.

neralizada entre los tratadistas de derecho mercantil, aunque no en el *iter* argumentativo seguido (76). La adquisición de una empresa constituye siempre un acto de inversión que, como tal, ha de ser sometido al derecho comercial. Es la intención del adquirente, siempre encaminada a la actividad productiva, lo que confiere mercantilidad al negocio (77). Incluso podríamos decir que es en la adquisición de una empresa cuando se produce de modo más evidente ese ánimo de lucro especial de la compraventa mercantil que se cifra en una expectativa de ganancia basada en un cálculo de riesgo (78). Los argumentos alegados en contra de esta opinión, fundamentalmente por Vicent Chuliá, no son suficientes para destruir su consistencia teleológica. De un lado, se objeta que no siendo y no pudiendo ser mercantil la compraventa de inmuebles, tampoco —por obvias razones— lo puede ser la del establecimiento. Esta objeción ya la hemos superado anteriormente cuando nos ocupamos de la mercantilidad del tráfico inmobiliario (*retro*, n. 4); no es preciso por ende que volvamos ahora sobre ello. Se objeta de otro lado la inadecuación existente entre los brevísimos plazos señalados por el Código de Comercio para la denuncia de los vicios (artículos 336 y 342) y la compleja estructura del bien —«empresa»— que es objeto del contrato (79). Respecto de esta afirmación hay que puntualizar: *primero*, que aunque eso fuere cierto —que no lo es por lo que se dirá a continuación— la argumentación es incorrecta (por ser de *lege ferenda*): el hecho de que un determinado régimen jurídico se adapte mejor o peor a una realidad dada no puede bastar para considerarlo inaplicable, máxime si se trata de derecho dispositivo. Las normas se promulgan en vista de un determinado tipo de frecuencia empírica que suele quedar desbordado por la evolución y aún por la cortedad de miras del legislador; pero precisamente por ello es materia disponible, modificable por las partes. La compraventa de una empresa (como la de tecnología de gran envergadura) no es precisamente una *small sum-transaction* que haga muy costosa la revisión, caso por caso, del derecho dispositivo dado. *Segundo*: que en todo caso ese problema no se plantea en la compraventa de empresa. La «empresa» no es más que un *nomen* que designa elípticamente un conjunto de bienes que son los que se compran. Eso que llamamos «compraventa de empresa» seguramente no es otra cosa que un contrato normativo en donde de forma ordenada e interdependiente se proyectan y diseñan los futuros negocios de transferencia de cada uno de los elementos que la componen. Por lo tanto, calificar de mercantil el negocio global no es tan trascendente

(76) En este sentido se manifiestan, por ejemplo, LANGLE, *El contrato de compraventa mercantil*, cit., pp. 149-152; GARRIGUES, *Tratado*, cit., I, p. (Madrid, 19); URÍA, *Derecho Mercantil*, cit., 501-502; etc.

(77) Ya en este sentido los clásicos franceses: cfr. NOUGUIER, *Des Tribunaux de Commerce*, cit., II, pp. 242-243; ALAUZET, *Commentaire*, cit., VIII, pp. 342-343. Para la jurisprudencia, v. E. COHENY y A. DARRAS, *Code de Commerce*, París, 1908, II, p. 360.

(78) «Unternehmenskauf ist Chancen- und damit Risikokauf»: K. QUACK, «Der Unternehmenskauf und seine Probleme», en ZGR 11 (1982), p. 353.

(79) Estos argumentos son de VICENT CHULIÁ, «Delimitación», cit., pp. 494-499; En la misma dirección se pronuncia M. CÁMARA, «La venta de empresa mercantil» en AAMN 24 (1982), pp. 287-288.

como calificar los singulares del mismo modo. Como tal, a la compraventa de empresa, serán muy pocos los preceptos que le afectarán más allá de los generales en materia de obligaciones mercantiles (arts. 50-63 C. de C.) (80).

8. Llegados aquí es hora de que recapitemos por un momento. Del examen llevado a cabo de los artículos 325 y 326 C. de C. pueden darse como válidos estos resultados:

a) En primer lugar, que compraventas mercantiles como tales sólo pueden ser consideradas las adquisiciones —independientemente de cual sea su objeto: mercancías para revender, materias primas para transformar o máquinas para producir— realizadas con ánimo de inversión; es decir, adquisición de lo que, en términos económicos, se denomina *capital en sentido real*. Por el contrario, serán civiles aquellas otras adquisiciones efectuadas con el exclusivo afán de subvenir a las necesidades de la vida; esto es, adquisición de lo que en términos económicos llamamos *bienes de consumo*;

b) En segundo lugar, desde otra perspectiva, que únicamente deben reputarse compraventas mercantiles aquellas «compras para vender» (art. 325), en las que, por consiguiente, el dinero circula como *capital financiero*. Por el contrario, son civiles las «ventas para comprar» (art. 326, 2.º, 3.º y 4.º) a las que, por tener el mismo fin: subvenir a las necesidades de la vida, se asimilan las compras para uso o consumo personal (art. 326, 1.º); en ellas, por lo tanto, el dinero —el precio del contrato— circula como simple dinero, medida de valor;

c) Y en tercer lugar, que sólo debe atenderse para calificar un supuesto dado de compraventa civil o mercantil a la posición que para el caso sea jurídicamente relevante (la del vendedor o la del comprador); teniendo en cuenta —evidentemente— que por imperio de la regla de vigencia «*lex specialis derogat lex generalis*» en caso de concurso debe prevalecer siempre la calificación realizada en base a las excepciones contenidas en los tres últimos párrafos del artículo 326.

La pregunta inmediata a la vista de estas conclusiones es la siguiente: ¿pero es racional todo esto?, ¿obedece a alguna lógica científicamente justifi-

(80) En este sentido convenimos con Broseta que el problema de la mercantilidad de la compraventa de empresa es «casi de pura naturaleza académica» (M. BROSETA PONT, «La transmisión de la empresa: compraventa y arrendamiento», en RDM 107 [1968], p. 81). Lo que sucede, en realidad, es que la empresa, como tal, no tiene una «ley de circulación propia»; «circula —señala muy certeramente F. GALGANO, *L'imprenditore*, Roma-Bologna², 1974, pp. 78-79— según las leyes de circulación específicas de cada uno de los bienes singulares que la componen. Esto significa [...] que el término 'empresa' (*azienda*) no designa —como a veces se ha pensado— un bien en sí mismo, distinto de los bienes singulares que lo integran; el término designa, elípticamente, una pluralidad de bienes». Por consiguiente —como apuntamos en el texto— al contrato de compraventa de empresa como tal —esto es, como contrato normativo— le será de aplicación el Código de Comercio, pero —debido a su propia naturaleza— pocas normas le atañerán directamente; a la pluralidad de contratos proyectados les será de aplicación, en cada caso, las normas que los contemplen.

cable? A mi juicio la respuesta es positiva; y a demostrarlo dedico la próxima y última división del trabajo.

III

9. La especialidad de la compraventa mercantil puede explicarse racionalmente a través de la *teoría económica del capital*, tal y como ésta fue elaborada y formulada por los economistas clásicos, a los que, a efectos de esta exposición, nos ceñiremos (81). Ya hemos dicho que el modelo social que subyace a los artículos 325 y 326 C. de C. no es el del «comprador-comerciante» (o empresario), sino el del «comprador-capitalista» (por lo que se explica, v. gr., la mercantilidad de las compraventas en la Bolsa y, en general, de los negocios de transferencia de los títulos valores, que constituyen los instrumentos de «comercialización del capital», según señalara Max Weber al efectuar la taxonomía de los requisitos del capitalismo) (82). Otra cosa es —y es cierta— que normalmente coincidan las figuras del empresario y del capitalista. Capitalista es aquel que ha acumulado una cierta cantidad de riqueza y que se propone no consumirla, sino incrementarla a través de un proceso de reproducción. En ese justo momento en que la riqueza se destina a su reproducción deja de ser riqueza, patrimonio, para convertirse en capital, a cuya circulación dará cauce jurídico la *compraventa mercantil*.

El capital en la ciencia económica se entiende en un doble sentido que conviene dejar muy claro: en el sentido de una corriente homogénea de fondos (a lo que suele denominarse *capital monetario*, o incluso *capital financiero*, aunque este último término es ambiguo); y en el sentido de un conjunto heterogéneo de instrumentos (a lo que se llama *capital físico* o *capital real*). Pues bien, la compraventa mercantil (la compra de inversión) es aquella justamente cuyas dos prestaciones fundamentales —el pago del precio y la entrega de la cosa— son prestaciones de capital —de capital monetario una y de capital físico la otra—. Esto es lo que nos proponemos mostrar ahora; primero desde el punto de vista del capital real (y así explicaremos, por ejemplo la «identidad funcional» que media entre la «compra para revender» y la «compra para uso o consumo empresarial»); y después, en la perspectiva del capital monetario.

10. La primera proposición es, pues, que *la compraventa mercantil es aquella que instrumenta jurídicamente la circulación del capital real*. Expresada de otra forma, esta afirmación nos indica que la compraventa mercantil es siempre (y sólo) adquisición de capital. Para una adecuada inteligencia de esta afirmación, estimo conveniente repasar, aunque sea transitar por lugares comunes, algunas categorías elementales de la economía política. A la hora de clasificar los bienes, la primera división con que nos topamos

(81) Para una primera aproximación, v. J. A. SCHUMPETER, *Historia del análisis económico*, trad. esp., Barcelona, 1971, pp. 692-713.

(82) M. WEBER, *Historia económica general*, trad. esp., México-Madrid-Buenos Aires, 1974, p. 238.

en los manuales es la que discrimina entre *bienes directos* (es decir, aquellos que derechamente satisfacen una necesidad de la vida) y *bienes indirectos* (esto es, aquellos que se dirigen no a subvenir una necesidad, sino a procurar otros bienes). La clave y la importancia de esta bipartición de los bienes reside en el hecho de que el criterio discriminador no se halla en los bienes mismos, en su naturaleza, sino en el destino que su titular les asigna. Por ejemplo: la gasolina es un bien directo si la utilizo como combustible de mi coche particular, mientras que constituye un bien indirecto cuando la utiliza una empresa de transportes o una industria siderúrgica: *Un bien indirecto representa, pues, un bien de producción*. La compraventa mercantil, siendo susceptible de tener por objeto única y exclusivamente bienes indirectos, se caracteriza, pues —como ya hemos avanzado—, por *estar finalizada a la actividad productiva*. Desde el punto de vista económico —y no otra es la razón que explica la «identidad funcional» que hemos postulado entre la «compra para revender» y la «compra para uso o consumo empresarial»—, la actividad de producción viene entendida con un significado más general que el que la expresión tiene en el lenguaje común; el concepto de producción, desde este punto de vista, se vincula estrechamente al concepto de *transformación de los bienes*. Transformación ésta que, teniendo siempre la misma significación económica, puede ser o puede manifestarse, por lo que a nosotros interesa, bajo una doble forma: como *transformación técnica* o como *transformación modal*. En el primer caso nos hallamos cuando, por ejemplo, fabricamos un coche a partir de unos determinados bienes —hierro, combustible, plástico, máquinas, etc.—, que son bienes de producción. El segundo tipo de transformación está constituido por aquellas operaciones mediante las cuales un bien, inicialmente disponible de un cierto modo, pasa a ser disponible de otro distinto (se trata básicamente de la transformación en el tiempo y en la distancia). Los coches fabricados se transforman cuando son adquiridos por los distribuidores para ser revendidos. Estos coches son también *bienes de producción o bienes indirectos* (83).

Observamos de esta manera que las operaciones de adquisición de ambos tipos de bienes —las materias primas, la maquinaria o los productos elaborados— responden a la misma e idéntica finalidad productora; y por esa razón, si económicamente son lo mismo, deben ser tratados jurídicamente de igual modo. Alcanzamos, pues, la conclusión de que la adquisición de bienes directos o de consumo incumbe a la compraventa civil, mientras que la adquisición de bienes indirectos o de producción realizada a fin de transformarlos (de agregarles valor) corresponde a la compraventa mercantil (84).

(83) Desde Say ya nadie duda del carácter *productivo* del comercio. Sobre este tema puede consultarse el cuaderno de C. BIANCHI y F. COLOMBI, *L'industrializzazione delle attività terziarie*, Milano, 1977, *passim*.

(84) Distinción ésta que correría paralela a las dos formas de apropiación (mejor dicho: de propiedad) tematizadas por Max Weber: apropiación patrimonial (civil) y apropiación lucrativa (mercantil): WEBER, *Historia*, cit., p. 14.

Estas consideraciones requieren, sin embargo, de alguna matización ulterior: El concepto que hasta ahora venimos utilizando de bien indirecto o bien de producción coincide con el concepto de «factor de producción». Tales factores de producción, en la clasificación que nos han legado los economistas clásicos, son —como es sabido— tres:

«... además de los dos requisitos fundamentales y universales de la producción, trabajo y agentes naturales, hay otro requisito —nos dice, por ejemplo, John Stuart Mill— sin el cual no es posible ninguna operación productiva, fuera de las toscas e insuficientes primeras etapas de la industria primitiva: a saber, una provisión o existencia previamente acumulada de los productos del trabajo anterior. Esta provisión acumulada de los productos del trabajo se llama *capital*» (85). Capital —nos dice más adelante el mismo autor— es «toda riqueza acumulada que se destina a ser empleada para que se reproduzca» (86).

Objeto de la compraventa mercantil no son todos los factores de producción: únicamente, como veremos, el factor «capital». No lo es, ciertamente, el trabajo, ya que circula a través de otros medios jurídicos (arrendamiento de servicios, contratos de trabajo, mandato, etc.); ni tampoco lo es la tierra y sus recursos naturales, que por sus características específicas (*Urproduktion*; originalidad, gratuidad, permanencia, etc.) quedan sometidos al derecho civil.

Respecto de este punto concreto es preciso, sin embargo, que efectuemos una puntualización. Hemos afirmado más atrás la mercantilidad del tráfico de inmuebles realizado con ánimo de lucro (cfr. *retro*, n. 4). Por lo tanto, en este punto, incurriríamos en contradicción al decir que el factor de producción tierra queda excluido del tráfico jurídico-mercantil. Para salvar la contradicción, tenemos que alejarnos por un momento de la teoría clásica. La ciencia económica moderna pone en tela de juicio la distinción clásica entre tierra y capital, como dos factores de producción sometidos a lógicas diversas; y consiguientemente afirma que la tierra hoy es capital. En realidad la «comercialización de la tierra» es decir, su constituirse en capital es un proceso que, en nuestro país viene ya desde la mitad del siglo pasado cuando se abolieron todas las vinculaciones feudales y la propiedad se hizo —como decían los juristas de entonces— «propiedad perfecta». No en vano la exclusión expresa que efectuaba el artículo 360, I C. de C. de 1829 desaparece del Código de 1885 (87). La razón funda-

(85) J. STUART MILL, *Principios de Economía Política*, trad. esp., México², 1978, p. 72.

(86) *Ibid.*, p. 109.

(87) Muy interesante al respecto es el libro de V. SANTAMARÍA DE PAREDES, *La defensa del derecho de propiedad y sus relaciones con el trabajo*, Madrid, 1874, esp., pp. 138-186, donde se estudia «la propiedad considerada como capital». La conciencia de la época muy bien podría quedar resumida por este texto: «...La economía política [...] reconoce que si las fincas no pueden trasladarse de lugar y en este sentido material no pueden ponerse

mental que ha llevado a los economistas a calificar como capital a la tierra ha sido precisamente que, sólo en una mínima parte, la tierra es un factor originario y que su valor —o su valorización— depende básicamente del trabajo y capital que se incorpore a ella. En este sentido, por ejemplo, es evidente que la realización de una urbanización constituye una actividad de producción como otra cualquiera (88). Justificamos así, también desde el punto de vista económico, la interpretación que de este punto hemos realizado a la vista del silencio del C. de C.

Volviendo ya al tema que nos ocupaba, afirmamos, pues, que objeto de la compraventa mercantil sólo pueden serlo los bienes de capital o el capital real. Evidentemente, la especificidad de la compraventa mercantil, como sabemos, no se cifra en su objeto, sino en el ánimo de lucro o de inversión. Ninguna contradicción. Lo que sucede es que la especificidad del capital no reside en sí mismo, sino en la intención que tiene el capitalista al adquirirlo:

«... la distinción entre el capital y el no-capital —nos dice todavía John Stuart Mill— no radica en la clase de mercancías, sino en el espíritu del capitalista —en su deseo de emplearlas para cierta finalidad [la reproductiva] y no para otra [la consuntiva]» (89).

Esa y no otra es la clave del *capital*. Únicamente es la finalidad con que se adquiere lo que capitaliza la riqueza; no la finalidad con que se vende. Por ello, nos parece perfectamente coherente la decisión adoptada por el Código de Comercio de hacer únicamente relevante a los efectos de la calificación mercantil del negocio la *posición del comprador* (90). Ahora bien —como ya hemos insinuado— ese capital real o físico puede ser empleado de dos formas distintas, lo que da lugar a las dos hipótesis de compraventa mercantil que hemos estudiado: la «compra para revender» y la «compra para uso o consumo empresarial». Estos dos modos de empleo del capital son, para decirlo con Adam Smith, los siguientes:

físicamente más [que] al alcance de los que pretenden aplicar sus provechos la satisfacción de sus necesidades, cabe perfectamente que haya mediador ó medianero que compre en gran cantidad, ó en un momento dado, para revender en pequeñas porciones ó en otro momento, y que los contratos que recaigan sobre inmuebles constituyan verdaderos actos comerciales»; A. COMAS, G. DE AZCÁRATE, L. SILVELA (ponentes), *Informe del Claustro de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid sobre el Proyecto de Código de Comercio*, Madrid, 1881, p. 7.

(88) Sobre la crítica de la distinción tradicional entre los factores de producción «tierra» y «capital», v. la síntesis ofrecida por M. CLAWSON, «Land. Economic Aspects», en D. L. SILLS (ed.), *International Encyclopedia of the Social Sciences*, New York-London, 1972, VII, pp. 552-553.

(89) STUART MILL, *Principios*, cit., p. 74.

(90) En' este orden de cosas nos parece desviada la ya considerada argumentación metonímica de Antonio Polo cuando quiere demostrar que la reventa es mercantil por ser la segunda parte de un mismo ciclo especulativo. Lleva razón por ello Angel Rojo cuando dice (si lo hemos entendido bien) que la calificación mercantil tiene sentido cuando «la adquisición de

«El primero consiste en procurarse, manufacturar o comprar bienes para venderlos con un beneficio. El capital empleado en esta forma no puede rendir beneficio ni ingreso al que lo emplea, mientras permanezca en su posesión o no cambie de forma. Los bienes acumulados por un comerciante no le dejan ninguna ganancia o beneficio hasta que los vende por dinero, y el dinero mismo apenas le deja utilidad hasta que se cambia nuevamente por otros bienes. Su capital sale de su posesión continuamente en una forma y retorna en otra, y sólo mediante esta circulación o cambio sucesivo obtiene una ganancia. Esta es la razón por la cual esta masa recibe la denominación de *capital circulante*» (91).

«El segundo modo de empleo consiste en mejorar las tierras o comprar aquellas máquinas útiles, instrumentos de comercio, u otra clase de bienes, que produzcan un ingreso o una ganancia, sin necesidad de tener que cambiar de dueño o circular ulteriormente. A estos capitales se les denomina, en consecuencia, con toda propiedad, *capitales fijos*» (92).

El beneficio del primer capital proviene de separarse de él (compra para revender); el del segundo, proviene de usarlo, de tenerlo (compra, para uso o consumo empresarial). Estas nociones de capital fijo y de capital circulante, pues, nos ofrecen la clave para entender los dos tipos (contemplado el uno; integrado analógicamente el otro) de compraventas mercantiles del Código (93). La identidad funcional de ambos tipos de operaciones queda finalmente reforzada si tenemos en cuenta que las dos se integran —al menos en la taxonomía weberiana— dentro del mismo tipo de orientación capitalista por el lucro; es decir, en la expectativa de ganancia en virtud del cálculo del capital (94). En resumen, pues, y si se admite que

las mercancías está en función de la posterior reventa, pero no cuando esa adquisición supone el fin de la cadena de distribución del bien, es decir, cuando se adquiere para uso o consumo propio o familiar»: cfr. ROJO, *La responsabilidad civil*, cit., p. 263. Este punto se entenderá más tarde, cuando veamos que el ánimo de lucro que confiere la mercantilidad es un ánimo de lucro específico: la *expectativa de ganancia*, que evidentemente no se produce en el momento de la reventa.

(91) A. SMITH, *Investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones*, trad. esp. México, 1981, pp. 252-253.

(92) *Ibid.*, p. 253.

(93) Aparte del dinero, nos dice todavía Adam Smith, las categorías fundamentales del *capital circulante* son: «las materias primas o productos en proceso de fabricación que se convierten en vestidos, mobiliario y edificios y que no habiendo alcanzado forma definitiva, permanecen todavía en poder de sus productores, manufactureros, merceros, pañeros...» y, por otro lado, «... toda obra acabada y completa, pero que aún permanece en poder del comerciante o del industrial, sin distribuirse entre los consumidores propiamente tales...»: SMITH, *La riqueza de las naciones*, cit., p. 256. Ambos son los dos subtipos de las «compras para revender» contempladas expresamente por el artículo 325 C. de C.

(94) Cfr. M. WEBER, *Economía y Sociedad*, trad. esp. México-Buenos Aires², 1964, II, pp. 132-133.

las cosas sean así, tal explicación nos habría descubierto la lógica interna de la compraventa mercantil, que se acopla sin ninguna clase de desajustes al llamado por los clásicos ingleses *teorema del capital*: «el capital se mantiene no por conservación, sino por reproducción perpetua» (95). No otro es el criterio que está gravitando sobre el artículo 325 C. de C. Este tema nos conduce ya derechamente al estudio del ciclo reproductivo del capital, al que hacemos frente en el epígrafe que viene.

11. Hasta el momento hemos visto que la cosa adquirida a través de la compraventa mercantil es *capital real*. Nos corresponde ahora examinar la otra cara de la moneda: es decir, mostrar que el precio satisfecho en la compraventa mercantil es capital financiero, con lo que accedemos al momento reproductivo del capital. En este análisis, entre otras, deberá quedar aclarada la razón económica que ha conducido a nuestro legislador a establecer las excepciones contenidas en el artículo 326 C. de C.. En esta ocasión nos valdremos de algunas categorías elaboradas por Marx en el primer volumen de *El Capital*; precisamente de aquellas en las que él recoge y sistematiza las ideas de la economía clásica.

El pensamiento central a desenvolver es el siguiente: en la compraventa civil el dinero funciona como dinero (medida de valor); por el contrario, en la compraventa mercantil, el dinero funciona como capital. Entre paréntesis hemos de precisar que el análisis lo desenvolvemos a un alto nivel de abstracción y que, por consiguiente, operamos con una gran dosis de simplificación, que puede conducir a un falseamiento de la realidad. La verdad es que la que venimos llamando compraventa civil no es tan «pre-capitalista» como la estamos presentando y acaso la mejor prueba de ello sea el hecho de que su regulación en los Códigos responde ya a las exigencias de una economía de mercado. Sin embargo, con esta reserva, nos parece correcto proceder así, para hacer manifiesta la función *especial* que se atribuye a la compraventa mercantil (95 bis). Volviendo ya al problema planteado respecto de las funciones del dinero, la primera cuestión a resolver es ésta: ¿Cómo o por qué razón pueden distinguirse o se distinguen el dinero como dinero y el dinero como capital? La respuesta nos viene dada por sus dos diferentes formas de circulación. Veámoslas pues.

La primera forma de circulación (de carácter no capitalista) es la que Marx denomina *circulación simple de las mercancías*. Es el caso, por ejemplo, del labriego que vende su trigo, para con el dinero conseguido procurarse otros medios de alimentación; del artesano que vende las porcelanas fabricadas la última semana para adquirir un traje; del particular que vende su coche usado para comprarse uno nuevo; o del particular —para ajustarnos a la descripción del artículo 326, 4.º— que vende su excedente para comprarse un equipo musical.

«El proceso de cambio de la mercancía se opera, por tanto —nos dice Marx—, mediante dos metamorfosis antagónicas y

(95) STUART MILL, *Principios*, cit., pp. 88-89.

(95 bis) Esta apreciación la aprueba G. LYON-CAEN, «Contribution a la recherche d'une définition du droit commercial» en RTDC 2 (1949), p. 584.

que se completan recíprocamente: la transformación de la mercancía en dinero y nueva transformación de éste en mercancía. Las dos etapas de la metamorfosis de las mercancías son, a la par, un trato comercial de los poseedores de éstas —venta, o cambio de la mercancía por dinero; compra o cambio del dinero por la mercancía— y la unidad de ambos actos [es]: *vender para comprar*» (96).

Por lo tanto, todo el proceso de cambio de la mercancía se desarrolla con arreglo al siguiente esquema: mercancía-dinero-mercancía, que desde ahora simbolizaremos así: M-D-M.

Mas al lado de esta forma de circulación, nos encontramos con otra, ya típicamente capitalista: la *circulación compleja del capital*. Esta nueva modalidad, específicamente distinta de la anterior, puede expresarse así: dinero-mercancía-dinero; y consiguiente simbolizarse con la fórmula D-M-D. Aquí se produce la transformación del dinero en mercancía y de ésta nuevamente en dinero; el proceso es, como indica el propio Marx, *comprar para vender*. El dinero que gira con arreglo a esta forma de circulación es el que se transforma en capital, llega a ser capital y lo es ya por su destino (97). Pero examinemos más de cerca este proceso D-M-D:

«Este ciclo recorre, al igual que la simple circulación de mercancías, dos fases contrapuestas. En la primera fase, D-M o compra, el dinero se convierte en mercancía. En la segunda fase, M-D o venta, la mercancía se convierte nuevamente en dinero. Pero ambas fases, unidas, forman el proceso total, en el que se cambia dinero por mercancía y *esta misma* mercancía nuevamente por dinero: o lo que es lo mismo, en el que se compra una mercancía para venderla [...]. El resultado en el que desembarca todo este proceso es el *intercambio de dinero por dinero*, D-D. Si compro 2.000 libras de algodón —nos dice Marx— por 100 libras esterlinas y las vuelvo a vender por 110 no habré hecho, en último resultado, más que cambiar 100 por 110 libras esterlinas; es decir, dinero por dinero» (98).

Este es el intercambio típicamente mercantil, y precisamente el que está presente en el art. 325 C. de C. Podemos decir que aquí el medio de pago del dinero es la mercancía. Cabría sostener que, a pesar de todo, en última instancia es lo mismo M-D-M que D-M-D, pues generalmente se hallan interferidos. Sin embargo, esto no es cierto; y las diferencias cualitativas que los separan —si atendemos a la posición que en cada momento es económicamente relevante, una posición, claro está, que se caracteriza por su intencionalidad peculiar— son fundamentales. Tan fundamentales que, a nuestro juicio, son las que explican la teoría de la mercan-

(96) K. MARX, *El Capital. Crítica de la Economía Política*, trad. esp. México², 1982, I, p. 66.

(97) *Ibid*, p. 103.

(98) *Ibid*, p. 104.

tilidad acogida por nuestro Código de Comercio. Estas diferencias, aunque todo parezca igual, se encuentran en el *orden inverso* en que se desarrollan las mismas fases contrapuestas (venta y compra) del proceso de circulación. La circulación simple de mercancías parte de la venta y concluye con la compra; la circulación del dinero en función de capital, comienza con la compra y acaba con la venta. Allí el punto de arranque y la meta final del movimiento es la mercancía; aquí, el dinero. En la primera modalidad es el dinero el agente mediador del proceso total; en la segunda —en la circulación del capital— el agente mediador es la mercancía. En la circulación M-D-M el dinero acaba siempre convirtiéndose en una mercancía empleada como *valor de uso*. Aquí la misma forma circulatoria excluye el movimiento cíclico del dinero. «Su resultado consiste en alejar constantemente el dinero de su punto de partida, en hacer que no retorne a él. Al finalizar el ciclo entero [*vender para comprar*: v. gr. la venta artesanal] el dinero desaparece de las manos de su primitivo poseedor» (99). Por el contrario, en la forma de circulación del capital (D-M-D), el comprador sólo desembolsa el dinero para volver a embolsarlo como vendedor. La mercancía funciona como *valor de cambio*. El que compra para revender, lo que hace en realidad es lanzar dinero a la circulación para volver a retirarlo vendiendo la mercancía que adquirió. «Sólo se desprende del dinero con la intención premeditada —señala Marx— de volver a apoderarse de él. *No hace, por tanto, más que adelantarlo*». En el ciclo «civil» de la circulación de las mercancías la inversión del dinero no tiene nada que ver con su reflujo (el consumidor que compra un tocadiscos no espera recambiarlo por dinero; o si el consumidor vende su televisión para comprarse un tocadiscos no lo hace más que en función de un cálculo de los diferentes valores de uso —el *Wertrechnung*—). En el ciclo «mercantil» de la circulación del capital, sin embargo, el reflujo del dinero es precisamente el fin de la inversión (el comerciante que compra una partida de tocadiscos lo hace en función de su cambio, y únicamente opera un cálculo de capital, un cálculo de precios o *Preisrechnung*). En el ciclo M-D-M, como se aprecia a simple vista, ambos polos presentan la misma forma económica: son mercancías, y además son mercancía de la misma magnitud de valor (el labriego que, en última instancia, cambia a través de la mediación del dinero trigo por un traje, lo hace pensando que contienen valores equivalentes). Son mercancías con el mismo valor de cambio (iguales cuantitativamente), pero con distintos valores de uso (diferentes cualitativamente). El intercambio de equivalentes valores de cambio y diferentes valores de uso no es el contenido del ciclo «mercantil» del capital. En D-M-D ambos polos son dinero; ambos tienen el mismo valor de uso: son cualitativamente iguales: el dinero siempre es igual al dinero. Únicamente se distinguen por su cantidad o magnitud. Por consiguiente, el proceso D-M-D no debe su contenido a ninguna diferencia cualitativa entre sus dos polos, sino a una diferencia cuantitativa. Los coches comprados por 100 millones se revenden por 130 millones. De ahí que en realidad la ver-

(99) *Ibid*, p. 74.

dadera fórmula sea $D-M- \triangle D$ (100). Este incremento o excedente es la *plusvalía*; es el resultado de la valorización del valor desembolsado, que de esta manera se convierte en capital. La expectativa de ganancia (que es la modalidad de afán de lucro considerada relevante por el art. 325) se ha convertido en beneficio (101). Ahora bien, se nos podría decir que mientras esta explicación es válida para la «compra para revender» no vale —porque no se da— en la «compra para uso o consumo empresarial». El mismo Marx nos despeja la duda:

«Comprar para vender, o dicho más exactamente, comprar para vender más caro, D-M-D', parece a primera vista como si sólo fuese la fórmula propia de una modalidad del capital, del capital mercantil. Pero no es así: el capital industrial es también dinero que se convierte en mercancía para convertirse nuevamente en más dinero, mediante la venta de aquélla. Los actos que puedan producirse entre la compra y la venta, fuera de la órbita de la circulación (es decir, en el ámbito

(100) *Ibid.*, pp. 105-107.

(101) Una vez más, por lo tanto, verificamos la especialidad del *animus lucrandi* contemplado por el artículo 325 C. de C. A este respecto, acaso valga la pena reproducir aquí las palabras que un notable informe sobre el entonces «Proyecto del Código de Comercio» dedicaba a este extremo: «Todo contrato que no es de pura caridad o beneficencia se efectúa porque cada uno de los contratantes espera ganar ó mejorar su situación en el cambio de los productos ó servicios: si no lo creyese, si juzgara mejor, más útil y provechoso para él lo que posee ó lo que ha de entregar, no celebraría el contrato. En todos los onerosos hay, pues, la idea de provecho ó lucro. Mas estas palabras no pueden ser, de hecho no son sinónimas, al menos en la cuestión presente [la mercantilidad de la compraventa]; pues de serlo, todos los contratos onerosos serían mercantiles. El lucro, sin duda alguna, equivale en las compra-ventas a la diferencia que existe entre el precio de adquisición y el precio en que el objeto se enajena, y es llano que en este contrato la significación de la palabra lucro no ofrece duda y se diferencia del provecho que alcanza al que compra para consumir ó conservar». Y un poco más adelante agrega: «Cierto que todos los servicios son retribuidos, pero si la idea de retribución no se separa y distingue de la de lucro, no quedan fuera de las disposiciones comerciales más que los servicios de pura beneficencia»: A. COMAS, G. de AZCÁRATE, L. SILVELA (ponentes), *Informe del Claustro de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid sobre el Proyecto de Código de Comercio*, Madrid, 1881, pp. 14-15.

Por otra parte, hemos de indicar que el esquema explicativo trazado hasta aquí al hilo de la lectura del *Capital*, es el único que interesa a los efectos perseguidos en este trabajo. El desarrollo sucesivo de Marx, que —como es sabido— está dirigido a investigar de dónde procede la plusvalía, queda al margen de nuestro interés; ahí es, por lo demás, donde comienza la polémica con los economistas clásicos; pues, como de todos resulta bien conocido, Marx entiende que la extracción de la plusvalía se produce fuera del proceso de circulación, en el «taller oscuro de la producción», como él mismo ha escrito: allí y no en otra parte, tiene lugar —siempre según Marx— la apropiación de parte del valor del trabajo por el empresario capitalista. Para los economistas liberales, por el contrario, la plusvalía se genera en el proceso de circulación: v. MARX, *El Capital*, cit., I, pp. 120, 130-149 y 425-433.

de la fabricación), no alteran en lo más mínimo esta forma del proceso» (102).

En resumidas cuentas, pues, creemos haber explicado y justificado de acuerdo con los principios de la teoría económica clásica, la interpretación que hemos efectuado de los arts. 325 y 326, a tenor de la cual la mercantilidad proviene del hecho de que la compra se inserta en el ciclo circulatorio del capital, cuyo contenido objetivo —la valorización del valor— es el fin subjetivo del comprador. La compraventa mercantil tiene una *causa lucrandi* (tal es su función económica típica), mientras que la civil se produce *causa consumendi* (tal es también su función económica típica). Quedaría por esclarecer únicamente un pequeño problema: ¿por qué es civil la compra para el consumo familiar si se inserta en el ciclo de circulación del capital o por qué es civil también la venta del artesano, del labriego o del particular de su excedente cuando la compra resulta efectuada por un empresario y, por consiguiente, adquiriendo con ánimo de revender, se inscribe en la cadena D-M-D? La razón es muy sencilla. Deliberadamente hemos formulado mal la cuestión para que nos sea más fácil caer en la cuenta del error de perspectiva en el que se incurre, por ejemplo, cuando se plantea el problema de la mercantilidad de la reventa. La razón, como decíamos muy sencilla, consiste en el hecho de que en realidad la compra para el consumo no se inserta en el ciclo de circulación del capital. Los dos ciclos funcionan totalmente interferidos y de uno, imperceptiblemente, se pasa a otro. La realidad del sistema económico se encuentra articulada por una infinidad de relaciones entremezcladas, de las cuales algunas pertenecen a un ciclo y otras al opuesto. Económicamente lo relevante es la intención de quien inicia el ciclo o de quien lo cambia; es decir, el hecho de si la operación se realiza con una u otra finalidad. Jurídicamente también sucede así, porque —como ya sabemos— el legislador atribuye carácter civil o mercantil a un negocio en función del ánimo que es dable constatar en la posición que en cada caso es la relevante (precisamente porque inicia o cambia un ciclo).

12. Llegados aquí, ya corresponde al lector juzgar la consistencia de nuestro razonamiento y la oportunidad de las conclusiones así alcanzadas. Con todo, antes de poner punto final a la exposición nos gustaría avanzar o, por lo menos, esbozar una respuesta a la pregunta que lógicamente sería la próxima del discurso hasta aquí trazado: ¿por qué razón una compraventa de capital se trata jurídicamente de forma distinta a una compraventa al consumo? ¿A qué se debe en este punto —y acaso también en otros— la especialidad de la disciplina mercantil frente al régimen general del Derecho civil? Solamente la formulación de esta cuestión encamina nuestra mirada, inevitablemente, hacia un viejo y muy querido tema de todos los mercantilistas; al problema de averiguar cuál es y dónde está el *proprium* conceptual del Derecho mercantil. Por razones obvias no nos vamos a detener ahora en un tratamiento mínimamente detallado de este

(102) *Ibid.*, 110-111.

asunto. Aun dentro de estas limitaciones, sin embargo, hemos de indicar que el examen realizado nos ha dejado constatar que el nacimiento histórico del concepto de capital se halla unido al surgimiento también histórico del capitalismo, al que asimismo se encuentra vinculada la aparición en escena del *ius mercatorum*. Parece pues que, en cierto modo, estamos abocados a desembocar en la tesis historicista del Derecho mercantil. Y así es. Para probarlo en el ámbito específico del tema aquí tratado —esto es, en el ámbito de la mercantilidad de la compraventa— vamos a tomar por un momento la hipótesis de Javier Conde; es decir, la hipótesis, según la cual el «Derecho mercantil es, en realidad, el resultado del proceso de transformación del Derecho civil patrimonial en la época del capitalismo» (103). Como es bien sabido de todos, según este autor, la impronta específica del Derecho mercantil la recoge o le ha sido conferida precisamente por el capitalismo como sistema económico singular, históricamente concreto y distinto de otras formas históricas de organización económica. Por ello, dice Conde, en el acto mercantil han de darse necesariamente como elementos dominantes las notas históricas que definen y diferencian los actos económicos de signo capitalista. ¿Cuáles son esas notas? Sobre la pista de los sociólogos de la historia alemanes de principio de siglo —Weber, Sombart, Simmel, von Martin, etc.—, asigna al acto económico capitalista estas dos notas rectoras: el afán de lucro y el cálculo racional (104). Pero ¿qué tipo de afán de lucro y qué tipo de cálculo racional (que siempre los ha habido) son los que deben considerarse específicos del capitalismo? En este texto que reproducimos se contesta adecuadamente la cuestión:

«Un acto capitalista es un acto económico de sentido singular. Todo acto económico está siempre determinado por el deseo de obtener ciertas utilidades. Lo que define su peculiaridad y le distingue de los demás es el sentido subjetivo que en él pone la acción humana. El acto capitalista es un tipo singular de *acto económico orientado por las probabilidades de ganancia de nuevos poderes de disposición sobre bienes*. Lo esencial es, pues, que el acto esté determinado efectivamente por una expectativa de lucro. Si probamos a descomponer la estructura lógica de esa expectativa, obtenemos el siguiente esquema: el que realiza el acto se orienta *previamente* por medio de una comparación entre resultados que va a conseguir (estimados cuantitativamente en dinero) y lo que tiene al iniciar el acto (estimado también cuantitativamente en dinero). Dentro de ese esquema se inscriben los términos ganancia, pérdida y riesgo. La comparación es, ni más ni menos, una operación de "cálculo". Aquí viene a cuento

(103) V. J. CONDE, «La transformación del derecho patrimonial en la época del capitalismo», en RDM 4 (1947), pp. 167-190 (= J. CONDE, *Escritos y fragmentos políticos*, Madrid, 1974, II, pp. 467-490).

(104) *Ibid.*, pp. 173-175.

la segunda nota esencial: dicho cálculo es más o menos racional. El caso óptimo de racionalidad se da en el tipo de cálculo que Weber llama "de capital" (105).

La conclusión de Javier Conde es que el acto mercantil es aquel en el que concurren —frente a las notas típicas del acto civil o patrimonial: cobertura de necesidades y cálculo natural— *la expectativa de ganancia en virtud del cálculo de capital* (106). No es necesario reflexionar mucho para constatar que justamente es este planteamiento el que creemos haber encontrado subyacente en los arts. 325 y 326 C. de C.

Pero hay más: esta interpretación no resulta, en principio, incompatible —al revés: se integra perfectamente— con aquella otra tesis, según la cual el Derecho mercantil es el derecho de la empresa. Para ello no hay más que echar un vistazo a la disciplina de la compraventa contenida en el Código. Allí nos percatamos, sin mayor dificultad, de que el modelo de «capitalista» contemplado es el del «capitalista-empresario». Lo cual, históricamente, es plenamente congruente, porque en el modelo social a que atiende el Código sólo el empresario era el capitalista. No en vano los economistas clásicos ingleses identifican ambas figuras (107). Esta circunstancia se explica, por otra parte, si tenemos en cuenta que la empresa (a diferencia de la «casa» o de la «hacienda») (108) es el modo y la unidad de organización típica del capitalismo que funciona con arreglo al criterio de la contabilidad racional del capital (109). Es más, en la empresa está el origen del cálculo de capital (o viceversa, que lo mismo importa); de un cálculo en función de precios (*Preisrechnung*) que hace frente a un «cálculo de mera gestión» (el *Wertrechnung* precapitalista). Pues bien, si ahora volvemos los ojos hacia el Código de Comercio, podremos percibir cuán funcional es su disciplina a este «cálculo de capital». El Código, después de haber establecido en el art. 325 que la compraventa mercantil es aquella y sólo aquella que se concluye en función de una expectativa de ganancia hecha en virtud del cálculo del capital, nos ofrece a continuación una normativa bastante adecuada para asegurar que el negocio se desarrolle y ejecute sólo si (y en la medida en que) las condiciones se vayan ajustando al cálculo realizado, con independencia, por supuesto, de cual sea la realidad de ese cálculo, por naturaleza *incierto* en sus resultados. En el esquema de este cálculo se inscriben las alternativas ganancias o pérdidas y, por consiguiente, siempre un riesgo. El riesgo asumido por el comprador de

(105) *Ibid.*, p. 177.

(106) *Ibid.*, p. 178.

(107) V., por ejemplo, Adam SMITH, *La Riqueza de las naciones*, cit., pp. 85-96, o STUART MILL, *Principios*, cit., pp. 359-373. Allí se puede corroborar esta imagen del capitalista como empresario.

(108) Sobre cuya significación remito al bellísimo trabajo de O. BRUNNER, «La 'casa grande' y la 'oeconómica' de la vieja Europa», en su libro *Nuevos caminos de la historia social y constitucional*, trad. esp., Buenos Aires, 1973, pp. 87-123.

(109) Cfr. WEBER, *Historia*, cit., p. 237. Todas estas ideas que venimos desarrollando quedan excelentemente explicadas en WEBER, *Economía y Sociedad*, cit., I, pp. 124-125.

capital, por lo demás, es lo que va a justificar su beneficio (110). Pues bien, si ahora vamos a analizar la disciplina concreta contenida en los arts. 327 a 347, verificaremos que, con mayor o menor perfección (al menos para el modelo económico real para la que fue proyectada), allí se *generalizan* —como diría Luhmann— *las expectativas de conducta normativas de los empresarios* (111). Allí se recogen, en efecto, las conductas que cabe esperar de alguien que efectúa un cálculo de capital, y en concreto que cabe esperar de los adquirentes de capital (los adquirentes o compradores y no de otros). Y ¿cuáles son esas conductas que se esperan? Pues, entre otras, se espera (112):

a) que el empresario-capitalista aspire a una ganancia: en esta línea acaso debieran entenderse los arts. 328, 331 y todos aquellos que de alguna manera están dispuestos en función de hacer calculable el riesgo;

b) que el capitalista-empresario adopte una estricta vigilancia sobre el capital adquirido; por esta vía podrían explicarse los arts. 327, 332, 333, 336, 339, 341, 342;

c) y que el empresario-capitalista calcule adecuadamente el riesgo que corre haciendo la inversión: en función de esta expectativa normativa cobran relevancia, por ejemplo, los arts. 328, 329, 330, 331, 334, 335, 336, 338, 344, 345. Los preceptos señalados tienden a asegurar que la operación se desarrolle como estaba prevista (113).

Y aquí si ponemos ya término al trabajo, en la esperanza de haber sido fieles a la enseñanza contenida en estas palabras de Lorenz von Stein: «Si quiero encontrar el Derecho debo buscarlo en los conceptos de aquel que los crea... Una definición legal no es, por lo tanto, una definición legal en el sentido usual de la palabra..., sino una definición económica» (*Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands*, 1876).

(110) «El comercio propio [...] se ejerce *siempre* sobre la base —dice WEBER (*Economía y Sociedad*, cit., I, p. 127)— de la apropiación de los medios de producción; y aunque el poder de disposición se haya originado en el crédito. Siempre corresponde al comerciante el riesgo de capital como riesgo propio y siempre la ganancia queda apropiada por él en virtud de la apropiación de los medios de producción» (*nota*: a mi juicio cuando en el texto se dice «apropiación» se debe a una deficiente traducción: debe decir «propiedad»).

(111) Cfr. P. RAISCH, *Unternehmensrecht*, Reinbeck bei Hamburg, 1973, I, pp. 26-27.

(112) *Ibid.*, pp. 85-96.

(113) Para un estudio específico de una norma del Código de Comercio hecho desde este punto de vista, v. el análisis que efectúa Raisch del § 377 HGB (que de forma notablemente más perfeccionada que nuestro artículo 336 C. de C. regula la denuncia de los vicios de la cosa): RAISCH, *Geschichtliche Voraussetzungen*, cit., pp. 277-292.

EL VALOR DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN LAS ZONAS DE ACCESO RESTRINGIDO A LA PROPIEDAD POR PARTE DE EXTRANJEROS, SEGUN NUESTRO TRIBUNAL SUPREMO

(Comentario a la S. del T. S. de 30 de septiembre de 1982)

La reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de septiembre de 1982, ha tratado con indudable acierto del valor de la inscripción, en el Registro de la Propiedad, de los títulos relativos a inmuebles situados en las llamadas zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros.

La Sentencia se refiere a un contrato de compraventa en territorio de la isla de Mallorca, territorio insular comprendido en una de dichas zonas, en las que como es sabido, para salvaguardar los intereses de la Defensa Nacional, las personas físicas o jurídicas de nacionalidad extranjera solamente pueden ser propietarias de inmuebles o titulares de derechos reales sobre los mismos, hasta un cierto porcentaje de la superficie de la zona, que está determinado para cada una, y que en ningún caso, puede exceder del quince por ciento, que es precisamente el señalado en la isla de Mallorca, para cada uno de sus términos municipales.

Por razón de la fecha en que se celebró el contrato que produce el pleito, éste versa sobre la aplicación de la Ley de 12 de mayo de 1960, que declaró necesaria la inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos sobre dominio u otros derechos reales sobre bienes inmuebles, a favor de extranjeros, en las zonas a que se refería la ley entonces vigente, de 23 de octubre de 1935 y sus disposiciones complementarias. La sentencia dicta sus pronunciamientos con referencia a dichas leyes, pero su doctrina es perfectamente aplicable a la legislación hoy día en vigor, que es la constituida por la Ley 8, de 12 de marzo de 1975 y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 689, de 10 de febrero de 1978, porque la normativa es la misma entonces que hoy.

En efecto, la Ley de 12 de mayo de 1960, decía en su artículo 1: «Deberán necesariamente inscribirse en el Registro de la Propiedad los actos y contratos por los que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan en favor de extranjeros, el dominio u otros derechos reales sobre inmuebles sitios en las zonas señaladas por la Ley de 23 de octubre de 1935 y Decretos de 28 de febrero del mismo año y 21 de marzo de 1958. Deberán también inscribirse las concesiones administrativas sobre los bienes citados, otorgadas a favor de extranjeros. La falta de inscripción determinará la nulidad de pleno derecho de los mencionados actos y concesiones». Y la vigente Ley de 12 de marzo de 1975, en su artículo 21 dice: «Deberán necesariamente inscribirse en el Registro de la Propiedad los actos y contratos por los que se establezcan, reconozcan, transmitan, justifiquen o extingan, en favor de personas físicas o jurídicas extranjeras, el dominio u otros derechos reales sobre bienes inmuebles sitios en las zonas restringidas. Deberán también inscribirse las concesiones administrativas sobre los bienes citados, otorgados a favor de las referidas personas extranjeras. La falta de ins-

cripción de los títulos indicados que se otorguen a partir de la entrada en vigor de esta Ley, dentro de los dieciocho meses siguientes a sus respectivas fechas, determinará la nulidad de pleno derecho de los mencionados actos y concesiones, de lo cual deberán hacer advertencias expresa los notarios autorizantes en las correspondientes escrituras. En los casos en que, sin culpa del adquirente, los referidos títulos estén pendientes de la liquidación del Impuesto de Transmisiones o de cualquier otra formalidad que impida la inscripción, el plazo a que se refiere el párrafo anterior se ampliará a veinticuatro meses».

En el caso que resuelve la sentencia se había otorgado un contrato privado de venta. El comprador promovió un expediente de consignación judicial de cantidades aplazadas por el precio e intereses, al que se opuso el vendedor por entender que tenía derecho a mayor cifra, según se expresa en los Resultandos y en el Considerando Primero, y por ello se declaró contencioso el asunto y se dio lugar a un juicio de menor cuantía, respecto de la cifra adeudada.

El Juzgado de Primera Instancia, de oficio, declara que el contrato celebrado es nulo de pleno derecho, de acuerdo con la Ley de 12 de mayo de 1960. Está, así, planteado el valor de la inscripción en el Registro de la Propiedad, conforme al artículo 1, antes transcrito. La posición del Juzgado es, al parecer, la de que, por no estar inscrito el contrato de venta, el contrato es nulo.

Esta posición doctrinal es inadmisibles y es la que rechaza el Tribunal Supremo.

La interpretación del artículo 1 de la Ley de 1960, y su versión actual, el artículo 21 de la Ley de 1975, ha producido dificultades. No han faltado opiniones que consideran que éstos, son casos en nuestro Derecho de inscripciones constitutivas, argumentando que hasta tanto no está inscrito el documento transmisivo, el negocio es nulo.

Esta interpretación no es acertada. En el Derecho español no existen inscripciones en el Registro de la Propiedad que sean constitutivas. La constitución de un derecho va ligada, de modo absolutamente necesario, a la vida, capacidad y voluntad de las personas que lo constituyen, que lo crean por su acto de voluntad, por la emisión de su consentimiento, que es alma de todo el negocio jurídico. Es absurdo hablar de un derecho, a cargo o a favor de una persona, que se haya constituido en un momento en que esa persona ya no existía por estar muerta; o que, actuando por sí, había sido incapacitada; o no quería en ese momento otorgar el consentimiento. Inscripción constitutiva es aquella en la que la inscripción es elemento integrante del mismo acto inscrito, de modo que el consentimiento propio del acto queda incorporado a la inscripción, se otorga en el acto de la inscripción. La inscripción constitutiva va unida al sistema de Registro que se llama Registro de derechos, que no es el del Registro de la Propiedad español, que es un Registro de títulos. Es por lo tanto preciso concluir que el acto transmissivo de derechos a que se refiere la Ley de Zonas, tuvo que quedar constituido en el momento de otorgarse el negocio jurídico, nunca en el momento posterior en el que inscribe el Registrador, que inscribe

sin preocuparse de si el otorgante es vivo o muerto, y sin poder calificar su capacidad en el momento de la inscripción, sino que ha de calificar su capacidad referida al momento del otorgamiento de la escritura, al momento en que verdaderamente se constituyó el negocio transmisivo. El consentimiento que da vida al negocio jurídico que se inscribe, se da y se agota en el documento, de tal manera que el acto o contrato queda concluso al margen del Registro y llega a éste totalmente formado. Si el acto o contrato no llegara concluso o formado plenamente, el Registrador no podría inscribir, porque si en el Registro solamente se inscriben negocios jurídicos válidos, si el Registro no convalida los que sean nulos, menos se puede inscribir en él un negocio jurídico que no existe, como sería el caso de ser la inscripción constitutiva. La inscripción, en el Registro de la Propiedad en España nunca es, pues, constitutiva.

Si el documento que recogió el consentimiento que da vida al negocio jurídico es público, no hay problema. Si es privado, será necesario su elevación a documento público, por los mecanismos legales. Pero siempre el consentimiento es el del contrato, el negocio jurídico se constituye entonces, y no cuando posteriormente se inscribe.

La inscripción tiene que hacerse, por su propia naturaleza, después. Y puede hacerse en cualquier momento. Las dos leyes expresadas lo que hacen es declarar que, en estos casos de adquisición por extranjeros la inscripción es obligatoria, estableciendo así una excepción al principio de nuestro Derecho de que la inscripción en el Registro de la Propiedad, de la adquisición de inmuebles, es voluntaria.

La razón de que en los dichos casos sea obligatoria la inscripción es la de que, para conocer los montantes de superficies de inmuebles propiedad de extranjeros y saber si están por debajo o no de los topes a que antes me refería, está establecido que en el Ministerio de Defensa exista un Censo de propiedades extranjeras, que ha de llevarse por términos municipales, en el cual consten los datos que han de remitir las Autoridades Regionales del Ejército de Tierra, con referencia a las adquisiciones, transmisiones o extinciones de bienes o derechos sujetos, datos que dichas Autoridades han de recibir, a su vez, de los Registradores de la Propiedad. El fichero particular de cada término municipal se completa con una ficha resumen en la que, en sistema de doble columna, se anotan los aumentos o reducciones de superficie computable.

Y como mecanismo de control, y en evitación de que los partes de adquisiciones dieran el hecho consumado de haber rebasado el porcentaje, se establece el requisito fundamental de que sea necesario obtener autorización militar previa al otorgamiento del acto o negocio jurídico correspondiente que produzca la adquisición, lo que permite consultar el Censo expresado antes de dar la autorización. Y además, el requisito complementario de que las adquisiciones sean necesariamente inscritas en el Registro de la Propiedad, a fin de que los Registradores puedan remitir a la Autoridad Militar el correspondiente parte, sin el cual el Censo carecería de información, porque la enajenación autorizada no llegara luego a efectuarse, y también para las reducciones de superficie en propiedad de extranjeros,

ya que para las enajenaciones por extranjeros no se necesita autorización militar.

El Tribunal Supremo, en la sentencia objeto de este comentario, tiene que resolver sobre la declaración básica hecha por el Juzgado de Instancia, la de la nulidad de la venta por causa de no estar inscrito el documento. Y declara que no hay nulidad, que la venta es válida, y que la inscripción puede practicarse en cualquier momento posterior. Dice el Considerando segundo: «Considerando: Que en el único motivo formulado, con amparo en el número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento, se denuncia interpretación errónea de los párrafos primero y tercero del artículo primero de la Ley de doce de mayo de mil novecientos sesenta, que es la aplicable en atención a la fecha del contrato relativa a la adquisición por extranjeros de inmuebles en zonas estratégicas del territorio nacional, que incluye a las Islas Baleares, donde estaba ubicada, como se ha dicho, la finca que fue objeto del contrato discutido, alegándose, en consonancia con lo proclamado «ex officio» por la sentencia de primer grado, que, de acuerdo con el precepto que se dice infringido, el contrato es nulo de pleno derecho, añadiéndose que además es inexistente, lo cual no se corresponde con la normativa legal, pues el contrato, como tal, existe en cuanto que reúne los requisitos del artículo mil doscientos sesenta y uno del Código civil, en relación con la libertad de forma de los artículos mil doscientos setenta y ocho y mil doscientos cincuenta y ocho del mismo, y la exigencia de inscripción en el Registro de la Propiedad, impuesta por la ley de mil novecientos sesenta comporta en caso de incumplimiento una nulidad radical del artículo sexto, tres, también del Código, por contravenir un precepto de ley imperativa, si concurren los presupuestos que la misma contempla —extraños a la esencia del contrato—, pero nunca una inexistencia como se pretende, siendo incluso dudosa la sanción de nulidad absoluta, pues nada impide que la inobservancia pueda ser subsanada con la posterior inscripción, a los fines especiales de la ley de referencia.»

El Tribunal Supremo es claro: la inscripción en el Registro de la Propiedad puede ser hecha en momento posterior. No hay nulidad de pleno derecho, y menos aún inexistencia del negocio jurídico. Hay un negocio jurídico válido, que está necesitado de la posterior inscripción. Podríamos decir que es un negocio jurídico incompleto, que se completa con la inscripción. Pero el negocio jurídico existe, y esto es fundamental, porque ya no es preciso que los interesados vuelvan a emitir nuevamente sus consentimientos, ni vuelvan a cumplir con otros requisitos; solamente con el de inscribir en el Registro de la Propiedad.

La posición del Supremo es aplicable a la legalidad vigente hoy día, la establecida por la Ley de 1975. Nada importa el que esta Ley haya señalado un plazo para que la inscripción se practique, y haya declarado que pasado ese plazo el negocio jurídico es nulo. Hay que entender que el negocio jurídico, otorgado ya en documento público, conserva su validez a pesar de haber transcurrido los plazos que la Ley de 1975 señala, y la escritura

puede y debe ser inscrita en el Registro de la Propiedad. Veamos algunas razones:

Resulta inadmisibles que un negocio jurídico se declare nulo al no haberse inscrito en dieciocho meses, y no sea nulo si el retraso en la inscripción está producido porque, dice el propio artículo, «sin culpa del adquirente, los referidos títulos estén pendientes de la liquidación del Impuesto de Transmisiones o de cualquier otra formalidad que impida la inscripción», en cuyo caso el plazo se amplía a veinticuatro meses, siempre contando desde la fecha del otorgamiento de la escritura.

Los plazos marcados resultan así totalmente arbitrarios, y producen una situación jurídica de inseguridad contraria a la misión de la Ley, del Derecho, que es dar seguridad jurídica. Es arbitrario que se haya señalado las cifras de dieciocho y de veinticuatro meses y no otras cualesquiera. Producen una situación jurídica de inseguridad porque no se sabe, una vez rebasados los dieciocho meses, si el negocio ya es nulo o todavía no lo es a causa de que se haya producido, sin culpa del adquirente, el retraso en la liquidación del impuesto, o la falta de cualquier otra formalidad, que no nos aclara la Ley cuál pueda ser, no obstante, tener tan decisiva importancia como para tornar lo nulo en válido. No nos dice la Ley ni cuáles sean esas formalidades, ni quién debe declarar que el retraso es sin culpa del adquirente. Además, si la falta de culpa del adquirente permite —en el lenguaje de la Ley— la prolongación de la validez, desde dieciocho meses a veinticuatro, no se comprende, no se puede admitir que no se mantenga igual solución después de los veinticuatro meses, cuando el retraso siga siendo sin culpa del adquirente.

Hay que tener en cuenta, asimismo, que la inscripción necesaria, y su supuesto cortejo de nulidad, está referida también a las transmisiones que los extranjeros hagan en favor de los españoles, y esta consecuencia de la nulidad, referida a los españoles, es totalmente inadmisibles, contraria a la finalidad de la misma Ley.

La propia Ley de 1975 sigue el precedente de la Ley 13, de 12 de mayo de 1960, que había ya establecido, como hemos visto, la necesidad de inscripción bajo pena de nulidad. Pues bien, para tales actos o contratos otorgados bajo la vigencia de la Ley de 1960, la actual Ley de 1975 dispone que se inscriban también en el plazo de dieciocho meses, desde la vigencia del Reglamento, y que, transcurrido ese plazo, la Contribución Territorial de los inmuebles no inscritos se incremente con un diez por ciento anual hasta que la inscripción se practique (Disp. Trans. Primera). La situación jurídica de estos actos o contratos es la misma: incumplimiento temporal de la orden de inscripción; los efectos, sin embargo, a tenor de la letra legal, son dispares: en unos casos los actos o contratos serían nulos, en otros válidos, con la pequeña sanción que significa un recargo del diez por ciento en la Contribución Territorial, y son válidos a pesar de haberse otorgado bajo el imperio de una Legislación, la Ley de 1960, que los declaraba nulos si no se inscribían.

La conclusión a la que llegamos, después de estas consideraciones, es la de que en la Ley actual, los actos y contratos no inscritos, no son nulos.

Al igual que cuando no han obtenido la autorización militar en los casos en que es necesaria, esos actos o contratos están incompletos, y no pueden ser aducidos en juicio, ni en general en el tráfico jurídico. La inscripción constituye un requisito para la plena eficacia del negocio jurídico contenido en la escritura, pero es indudable que la inscripción se puede, y se debe hacer, precisamente para completar el negocio jurídico, para que éste alcance su plena validez y pueda el documento público ser presentado en juicio y utilizado en el tráfico en general. Todo ello en cualquier fecha.

Las leyes han de ser interpretadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad que persiguen, aparte de lo que digan sus palabras, cuando estas palabras provocan dudas y están en contradicción con el contexto de la Ley y con sus precedentes históricos y legislativos (art. 3,1, Código civil), como es el caso que nos ocupa.

La finalidad de exigir la inscripción en el Registro, modificando el sistema de inscripción voluntaria, es la de que los Registradores puedan dar el parte de las adquisiciones y también de las transmisiones de bienes propiedad de extranjeros, parte que llega al Censo de Propiedades Extranjeras que se sigue en el Ministerio de Defensa, y éste pueda llevar el control del porcentaje de inmuebles propiedad de extranjeros en cada zona. Si los Registradores han de cumplir la Ley, si han de servir a la finalidad por la Ley perseguida, deben inscribir los actos a que venimos refiriéndonos, y dar el parte, aunque hayan transcurrido los veinticuatro meses, porque son actos o contratos civilmente válidos, y no está en sus funciones calificadoras apreciar si hay justa causa de retraso, y ni siquiera el defecto de plazo, que solamente debe apreciarlo la Autoridad Militar para adoptar la sanción que merezca.

Será esta Autoridad Militar la que podrá adoptar las medidas que estime más oportunas. Una de ellas, la que prevé el artículo 23 de la Ley, y el 44 de su Reglamento: para el caso de que el retraso en efectuar la inscripción haya dado lugar a que en ese momento esté completo, o rebasado, el cupo o porcentaje permisible en la zona concreta de que se trate, el Ministerio de Defensa, para salvaguardar los supremos intereses nacionales, podrá instar la expropiación de esos inmuebles, con todos los requisitos legales y previa declaración de utilidad pública; pero la adquisición será válida, y firme, tan firme que solamente se priva al extranjero mediante la expropiación forzosa.

FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS,

Notario de Madrid

LA DETERMINACION CUANTITATIVA DE LA RENTA ARRENDATICIA URBANA, PACTADA SU REVISION CADA CINCO AÑOS, ANTE LA LEGISLACION LIMITATIVA

(Comentario a la S. del T. S. de 11 de octubre de 1982)

SUMARIO: 1. El caso concreto y las sentencias de los Tribunales.—2. Posición crítica al alcance interpretativo dado por esta Sentencia.—3. El Real Decreto-Ley 3, de 4 de enero de 1978: su ámbito normativo.—4. La interpretación de la normativa legal y del contrato.

1. EL CASO CONCRETO Y LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES

El propietario de un local de negocio lo arrienda el 25 de septiembre de 1968 al Banco C.S.A. por una renta de trescientas sesenta mil pesetas anuales, que se pagarán por mensualidades de treinta mil pesetas, conviniéndose además que dicha renta sería supervisada cada cinco años, de acuerdo con el índice del costo de la vida fijado por el Instituto Nacional de Estadística.

Con fecha de dieciocho de enero de mil novecientos setenta y cuatro, por haber transcurrido los cinco años desde el comienzo del arrendamiento, la renta fue revisada en base al pacto válidamente establecido, que supuso un incremento de doce mil cuatrocientas cincuenta pesetas mensuales, por lo que la nueva renta totalizó la suma de cuarenta y dos mil cuatrocientas cincuenta pesetas por igual período de tiempo. Al ser prorrogado el contrato de arrendamiento y pasados los cinco años siguientes, el arrendador procede, de nuevo, a revisar la renta de acuerdo con las disposiciones que establece el índice «viviendas en alquiler» y, concretamente, según la vigente normativa especial y coyuntural. Ahora bien, mientras el arrendador sostiene que la legislación especial le autoriza a aplicar los porcentajes de elevación de la renta año por año, el arrendatario discrepa, en cuanto que se había pactado la revisión «cada cinco años» y, textualmente, la normativa especial vigente en su quinto año reducía la elevación de la renta a «la variación porcentual experimentada en los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de la revisión» (Real Decreto-Ley 3, de 4 de enero de 1978).

El arrendador, en vista del desacuerdo que tiene con su arrendatario, entabla pleito ante el Juez de Primera Instancia, el cual, en su sentencia, acoge las pretensiones del arrendador, por lo que decide que el incremento de la renta pretendido es correcto, válido y ajustado a la Ley. Entonces, el arrendatario interpone recurso de apelación ante la Audiencia Territorial contra esta Sentencia, siendo desestimado el recurso, por lo que queda confirmada en todas sus partes la sentencia del Juzgado.

El arrendatario, al amparo del artículo 1.692, ordinal primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, interpone recurso de casación por infracción de ley ante la interpretación errónea de las normas especiales aplicadas, concretamente, el Real Decreto-Ley 3, de 4 de enero de 1978. El Tribunal Su-

premo, en su Sentencia de 11 de octubre de 1982, desestima el recurso, confirma la de la Audiencia y ratifica la doctrina que ya sentó la Sentencia anterior de esta Sala, de 24 de mayo de 1982, estableciendo los siguientes considerandos:

«Que el motivo primero del recurso, al amparo del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la interpretación errónea por la sentencia recurrida del artículo primero apartado uno del Real Decreto-Ley de 4 de enero de 1978 en relación con el artículo tercero del Código Civil, motivo correcto en su planteamiento, desde el momento en que acusa la vulneración de la norma supuestamente mal interpretada y no de aquella donde se establecen los criterios que con carácter general han de conjugarse para la recta aplicación de las que al supuesto de hecho corresponde, y en este sentido procede analizar si las reglas de interpretación de las normas jurídicas contenidas en el apartado primero del artículo tercero del Código civil fueron rectamente aplicadas en el caso aquí debatido, imponiéndose una conclusión afirmativa, por cuanto: a) del sentido propio de las palabras, tanto del artículo primero, apartado uno, del Real Decreto-Ley de cuatro de enero de mil novecientos setenta y ocho, como del apartado uno del artículo quince del Real Decreto-Ley trece de mil novecientos setenta y cinco de diecisiete de noviembre e igualmente del apartado uno del artículo octavo de la disposición de idéntico rango dieciocho de mil novecientos setenta y seis de ocho de octubre, todos sobre aplicación de medidas coyunturales de índole económica a los posibles aumentos de renta en las locaciones urbanas, sólo es dable deducir que los mismos establecen una limitación del incremento de las rentas que por revisión proceda concretada al período de tiempo a que se refieren, pero en forma alguna que tal limitación opere en el sentido de dejar sin virtualidad la cláusula de estabilización en lo que fuera aplicable a períodos de tiempo anteriores, ya que ello equivaldría para que el supuesto de que la renta hubiera de sufrir una rebaja y no un incremento, porque precisamente en anualidades anteriores hubiera disminuido el índice del coste de vida que tal disminución no pudiera operar en beneficio del arrendatario, en este caso favorecido, conclusión que por absurda ha de rechazarse, pero que al propio tiempo muestra la imposibilidad de que de una norma legal, puedan extraerse conclusiones distintas para las partes afectadas, en cuanto a una —el arrendatario— sólo en lo que le favorezcan y en cuanto a otra —el arrendador— sólo en lo que le perjudiquen; b) relacionando el antes denotado significado de las palabras empleadas por el artículo primero uno, del Real Decreto-Ley de 4 de enero de mil novecientos setenta y ocho, que limita en su cuantía los incrementos que proceda hacer efectivos por pacto en las fechas comprendidas entre el «primero de enero de mil novecientos setenta y ocho y treinta y uno de diciembre del propio año», del mismo texto de la disposición legal donde se sitúa la norma que ha de ser interpretada, aparece, igualmente, que la limitación temporal de incrementos de renta, contenida tanto en la disposición dicha como en las que le precedieron con la misma finalidad, afecta únicamente a su período de vigencia, como claramente resulta de lo dispuesto en el artículo segundo del citado Real

Decreto ley que al expresar «han de ser aplicadas... cualquiera que sea el momento en que se haga efectiva la revisión», está indicando que si la revisión según el pacto ha de hacerse efectiva en años posteriores al finalizado en treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y ocho, con la posibilidad inclusive de que hubieran desaparecido las limitaciones de aumentos que con arreglo a dicho pacto procedieren, los porcentajes de posibles incrementos en el año concreto de vigencia de la limitación habrían de aplicarse con arreglo a los criterios para dicho año establecidas, con lo que implícitamente el legislador está verificando una interpretación auténtica del alcance temporal de las medidas coyunturales, en cuyo conjunto está integrado el Decreto-Ley de cuatro de enero de mil novecientos setenta y ocho cuya infracción se acusa, y c) que sería contrario a los criterios de equidad que han de ponderarse en la aplicación de las normas —artículo tercero, dos, del Código civil— la interpretación pretendida por la entidad recurrente, habida cuenta significaría hacer de peor condición al arrendador que pactó la revisión con base de mantenerla inalterada la renta inicialmente convenida durante cinco años que aquel otro en que la cláusula de estabilización hubiera de operar anualmente, y ello máxime cuando cual sucede en el supuesto debatido no se pone en duda que a los incrementos que correspondan por cada una de las anualidades a que la revisión se extienda se han de aplicar en favor del arrendatario los índices correctores que, según las respectivas disposiciones legales, a cada una de dichas anualidades correspondan.»

«Que en el segundo motivo del recurso, al amparo de ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa la infracción por interpretación errónea del artículo segundo del Real Decreto Ley tres/setenta y ocho de cuatro de enero de mil novecientos setenta y ocho, en relación con el artículo tercero del Código civil, motivo que ha de ser desestimado, habida cuenta que la norma que se supone vulnerada contiene, según el propio sentido de sus palabras, en relación con su contexto, una clara expresión de que sólo es dable deducir que aunque la revisión de la renta proceda en "momento" posterior a la anualidad comprendida entre el primero de enero y treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y ocho, le afectan respecto de dicha anualidad las limitaciones en los posibles incrementos establecidos en el meritado Decreto-Ley, infiriéndose de ello, por propia interpretación del legislador, el alcance en cuanto al tiempo de las medidas coyunturales que se venían estableciendo a partir del Decreto-Ley de diecisiete de noviembre de mil novecientos setenta y cinco, sancionando con disposición expresa la interpretación que en términos de equidad había de darse al alcance de dichas medidas cuando la revisión pactada hubiera de operar no sólo sobre la anualidad anterior, sino que comprendiera períodos de tiempo de mayor duración.»

2. POSICION CRITICA AL ALCANCE INTERPRETATIVO DADO POR ESTA SENTENCIA

Los razonamientos de esta sentencia y sus conclusiones son un tanto desconcertantes. En primer lugar, frente a la denuncia que el arrendatario hace en ambas instancias, de una interpretación errónea del Real Decreto-Ley 3, de 4 de enero de 1978, en relación con el artículo 3.º del Código civil, la sentencia la considera como un «motivo correcto en su planteamiento»; no obstante, cree que el artículo 1.º, apartado uno, de dicho Real Decreto-Ley aducido por el arrendatario, no es la norma mal interpretada, sino otra, «aquella donde se establecen los criterios que con carácter general han de conjugarse para la recta aplicación de las que al supuesto de hecho correspondan»; pero, en este primer considerando de la sentencia no se dice ni se concreta cuál sea «aquella» norma donde aparezcan tales «criterios que con carácter general han de conjugarse», sino que lo que se hace es un discurso, por lo demás confuso, para tratar de aplicar al caso de autos otras normas anteriores, los Reales Decreto-Leyes 13, de 1975 (art. 19) y 18, de 1976 (art. 8.º), derogados en su «Disposición final» por el R.D.L. 3, de 1978 vigente para el caso de autos, sustituyéndose, por tanto, el pacto concreto y específico de las partes, de que la revisión se haga «cada cinco años», por un razonamiento abstracto referido sin otro apoyo normativo que a la «virtualidad» de la «cláusula de estabilización» «en lo que fuera aplicable a períodos de tiempo anteriores». Además, la Sentencia en este primer considerando aduce unos criterios de equidad que resultan superfluos en cuanto al ordenamiento especial aplicable (el R.D.L. 3/1978), el cual es preceptivo y taxativo respecto al período e índice aplicables y a la limitación de la renta pactada, la cual, vuelve a ser suplantada por la sentencia por una «cláusula de estabilización que hubiera de operar anualmente», en vez de la que se había pactado, «cada cinco años».

A propósito del segundo motivo del recurso, donde el arrendatario acusa la infracción por interpretación errónea del artículo 2 del Real Decreto-Ley 3, de 1978, en relación con el artículo 3 del Código civil, la Sentencia vuelve a exponer los mismos confusos razonamientos que le llevan a desestimarlos, al confirmar, por una parte, «que la norma que se supone vulnerada contiene, según el sentido propio de sus palabras, en relación con su contexto, una clara expresión de la que sólo es dable deducir que... le afectan respecto a dicha anualidad las limitaciones en los posibles incrementos establecidos en el meritado Decreto-Ley», mientras que, por otra, contradictoriamente deduce que: «infiriéndose en ello, por propia interpretación del legislador, el alcance en cuanto al tiempo de las medidas coyunturales que se venían estableciendo a partir del Decreto-Ley de diecisiete de noviembre de mil novecientos setenta y cinco, sancionando con disposición expresa la dichas medidas cuando la revisión pactada hubiera de operar no sólo sobre interpretación que en términos de equidad había de darse al alcance de la anualidad anterior, sino que comprendiera períodos de tiempo de mayor duración.»

Si la revisión pactada por las partes fue concretamente cada cinco años

(y no año por año) y llegado el quinto año (1978) estaba vigente el Real Decreto-Ley 3, de 1978, que, por lo demás, derogaba cuantas normas se le opusieran, ¿cómo puede ser sustituido por unos criterios de equidad y en base a otra normativa anterior derogada? De este modo, aparece la sospecha de que para fallar esta sentencia no se tuvo a la vista el texto de la norma especial imperativa y concretamente aplicable, o que se tergiversó la interpretación de su texto; por tanto, no queda más remedio que para aclarar aquella interpretación totalmente errónea, haya de comenzarse por la transcripción de su texto.

3. REAL DECRETO-LEY 3, DE 4 DE ENERO DE 1978: SU AMBITO NORMATIVO

El Real Decreto-Ley 3, de 4 de enero de 1978, viene a limitar la elevación de las rentas y la distribución de participaciones de beneficios de sociedades disponiendo, en cuanto a lo primero, lo siguiente:

«Artículo 1.º. Desde el 1.º de enero hasta el 31 de diciembre de 1978, las rentas de los arrendamientos urbanos relativos a viviendas y locales de negocio cuya cuantía haya de ser modificada por disposición de la Ley, por determinación del Gobierno, por revisión legalmente autorizada o por pacto expreso de las partes, no podrá sufrir elevaciones que excedan de la variación porcentual experimentada en los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de la revisión, por el índice nacional del subgrupo tres punto uno «Alquileres», del sistema de Índices de Precios de Consumo que elabora el Instituto Nacional de Estadística.

Esta limitación no afectará a los incrementos que procedan por repercusión del coste de los servicios de suministro, obras de reparaciones necesarias y demás cantidades asimiladas a la renta.

2. El límite de aumento establecido en el apartado anterior se observará también durante el período de tiempo fijado en el mismo, para la revisión de las rentas en las viviendas de protección oficial, prevista en el artículo 28 del texto refundido y revisado de su legislación aprobado por Decreto 2.131/1961, de 24 de julio.

Artículo 2.º En todo caso, cuantas modificaciones en las rentas de los arrendamientos urbanos se refieran al período de vigencia de las limitaciones a que se refiere este Real Decreto-Ley se calcularán conforme al procedimiento que se fija en el artículo anterior, cualquiera que sea el momento en que se haga efectiva la revisión.

Disposición final.

Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en el presente Real Decreto-Ley, que entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado", y del que se dará cuenta inmediatamente a las Cortes».

La naturaleza jurídica y el carácter de esta norma concreta y especial, que viene a limitar lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente, en cuanto a la autonomía de la voluntad de las partes

contratantes respecto a la estipulación inicial de la cuantía de la renta, así como lo permitido en el artículo 100, párrafo primero *in fine*, por lo que se refiere a la libertad de los pactos que establezcan a propósito de un «sistema de actualización» que ha de operar sobre la modificación de la renta posteriormente, es indudablemente imperativa; por tanto, cualquier comportamiento de las partes que incumpla lo en ella dispuesto concretamente resultará una actuación nula de pleno derecho (art. 6.3 del Código civil). De este modo cualquier pacto de actualización habrá de conformarse a las limitaciones estrictamente dispuestas.

Una vez examinada su naturaleza jurídica dispositiva, hay que concretar el alcance específico de sus normas limitativas. El alcance de dichas normas se refiere: a) Al origen de la modificación de la renta (por disposición de la Ley, por determinación del Gobierno, por revisión legalmente autorizada o por pacto expreso de las partes, tal como sucede para este último supuesto en el caso de autos); b) A la cuantía de la actualización de dicha renta, por lo que no podrá sufrir elevaciones que excedan de la variación porcentual experimentada por el índice nacional del subgrupo tres punto uno, «Alquileres» del sistema de Índices de Precios de Consumo que elabora el Instituto Nacional de Estadística (que en el caso de autos era la correspondiente al año 1978); c) Al ámbito concreto de la época de vigencia del Real Decreto-Ley 3, que va «desde el 1.º de enero hasta el 31 de diciembre de 1978», así como al período determinado dentro del cual se determina la variación porcentual de la elevación («los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de la revisión»).

Todavía este Real Decreto-Ley perfila más el aspecto que se refiere al cálculo de las rentas que han de ser modificadas dentro del período de vigencia establecido para las limitaciones, al expresar en su artículo 2.º que «se calcularán conforme al procedimiento que se fija en el artículo anterior, cualquiera que sea el momento en que se haga efectiva la revisión». Si el «período de vigencia de las limitaciones» abarcaba desde el 1.º de enero hasta el 31 de diciembre de 1978, quiere decir que el arrendador puede hacer efectiva la revisión de la renta en «cualquiera que sea el momento» dentro de ese período de vigencia, o sea, refiriéndose a cualquier día o mes del año 1978, que es el período citado, puesto que otro «momento» no puede ser referido a cualquier otro año anterior o posterior, ya que esta interpretación se contradeciría con la propia norma o Real Decreto-Ley, en su «Disposición Final», que deroga cuantas disposiciones se opongán a lo establecido por él para sus determinaciones concretas.

4. LA INTERPRETACION DE LA NORMATIVA LEGAL Y DEL CONTRATO

Una vez examinada la normativa concreta que regula el supuesto de hecho de la Sentencia de 11 de octubre de 1982, hay que referirse ahora al criterio interpretativo empleado por ella al rechazar las correctas pretensiones del arrendatario, concordantes con la normativa vigente en la fecha de la revisión de la renta.

Según queda visto, para el caso de autos, esta sentencia del Tribunal Supremo «considera que en los dos motivos en que el recurso se fundamenta se plantea el tema de fondo referente a si la revisión de la renta, pactada por períodos de cinco años, ha de efectuarse aplicando los índices de revisión que las respectivas disposiciones legales hagan permisible, año a año dentro del período revisado, como es tesis de la sentencia recurrida, o ha de concretarse únicamente al incremento que corresponda en los últimos doce meses anteriores a la revisión». La conclusión de la Sentencia, según queda examinado, es que han de aplicarse los índices establecidos por la legislación especial, año a año, dentro del período pactado de cinco años y no el único establecido dentro de los últimos doce meses por el Real Decreto-Ley 3, de 4 de enero de 1978. Su fundamento se basa en el particular criterio interpretativo que hace del artículo 2.º del citado Real Decreto-Ley, donde —según queda expuesto— advierte que «se establecen los criterios que con carácter general han de conjugarse para la recta aplicación de las que el supuesto de hecho correspondan», como son las normas anteriores (Reales Decretos-Leyes 13, de 17 de noviembre 1975, artículo 15, y, 18, de 8 de octubre de 1976, art. 8), añadiendo: «todos sobre aplicación de medidas coyunturales de índole económica a los posibles aumentos de la renta en las locaciones urbanas»; además, la Sentencia afirma que «por propia interpretación del legislador, el alcance en cuanto al tiempo de las medidas coyunturales que se venían estableciendo a partir del Decreto-Ley de diecisiete de noviembre de mil novecientos setenta y cinco, sancionando con disposición expresa la interpretación que en términos de equidad había de darse al alcance de dichas medidas cuando la revisión pactada hubiera de operar, no sólo sobre la anualidad anterior, sino que comprendería períodos de tiempo de mayor duración». En definitiva, la Sentencia deduce que a la revisión de la renta le afectan las disposiciones anteriores cuanto «proceda en momento posterior a la anualidad» que se establece en el Real Decreto-Ley 3, de 4 de enero de 1978, cosa que sucede para el caso de autos al entenderlo aplicable a cada año dentro del pacto de los cinco pactados.

Frente a tan errónea y tergiversada interpretación, hay que aplicar no sólo las pautas normativas dadas por el artículo 3.1. del Código civil, donde se han de advertir el sentido propio de las palabras, o el contexto de la ley que se interpreta, o tomar en cuenta el momento en que se realiza la realidad social del tiempo en que se lleva a cabo, así como el espíritu y finalidad, sino también las normas interpretativas establecidas para los contratos (arts. 1.281 a 1.289 del Código civil).

Por lo que se refiere al alcance de esta normativa legal especial y coyuntural hay que señalar, en primer lugar, que en base a dicho carácter, su alcance material y temporal vienen concretamente delimitados. Por tanto, la norma vigente en el momento del ejercicio de sus derechos arrendaticios por las partes contratantes habían de atenerse a los límites establecidos por el Real Decreto-Ley 3, de 4 de enero de 1978, que, según queda examinado, para su ámbito temporal abarcaba la fecha del «1.º de enero al 31 de diciembre de ese año de 1978», así como «los doce meses anteriores a la

fecha de la revisión», respecto al período determinado para la variación porcentual de la elevación de la renta. Que el arrendador pudiese hacer efectiva la revisión de la renta «en cualquiera que sea el momento», repetimos, no puede referirse más que al período de tiempo (1.º de enero a 31 de diciembre de 1978) señalado por la propia norma, y no a momentos pasados durante la vigencia de los Reales Decretos-Leyes anteriores, como sostiene la Sentencia comentada, por las siguientes razones interpretativas: a) Porque así viene expresado por las propias palabras o texto legislativo y, además, por no haberse especificado o remitido concretamente a otras normas anteriores o posteriores; b) Por el sentido lógico de su contexto, donde quedan claramente delimitados unos períodos de tiempo iniciales y finales; c) Porque las normas antecedentes limitativas y similares también marcaban un período concreto para su vigencia; d) Porque la realidad social de 1975 a 1978 había cambiado constitucionalmente respecto a las libertades, derechos y obligaciones fundamentales; e) Porque el espíritu y finalidad de esta normativa especial es puramente coyuntural y excepcional, lo cual no permite una interpretación extensiva fuera de los límites temporales por ella señalados, o de las materias concretas a que se refiere y delimita.

Donde la Sentencia muestra su mayor debilidad, es respecto a las normas interpretativas establecidas para los contratos, ya que ni siquiera las menciona, ni aplica. Así, desde el comento de sus razonamientos interpretativos, en vez de atenerse a lo convenido por las partes, de que «la renta se revisaría cada cinco años», se refiere genéricamente a la «cláusula de estabilización» y, en vez de analizar o indagar si los términos o palabras del contrato son claras o no, en cuanto a intención común de los contratantes (art. 1.281 del Código civil), se plantea y concluye otra cuestión diferente, la de que la limitación del Real Decreto-Ley no «opere en el sentido de dejar sin virtualidad la cláusula de estabilización en lo que fuera aplicable a períodos de tiempo anteriores».

No podía tratarse, pues, de una cuestión de retroactividad o irretroactividad de la norma especial y coyuntural, ya que, como queda dicho, la misma norma en su «Disposición Final», derogada «cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en el presente Real Decreto Ley», sino de conocer la intención común de las partes cuando pactaron que la renta se revisaría «cada cinco años» con arreglo a un índice oficial.

La Sentencia en vez de respetar esa intención común de las partes, que así expresada significa que hasta transcurrido dicho período de tiempo la renta no se revisa, pues, de lo contrario, habrían pactado otro período más o menos corto (de un año, dos, tres, etc.) modalidad que, por lo demás, no hicieron, se empeña en interpretar que del texto legal coyuntural vigente, así como de los anteriores, permitan que la revisión se haga año por año, añadiendo un razonamiento sustitutivo basado en la equidad. De este modo resulta que el Tribunal Supremo ratifica con criterio evidentemente erróneo la sentencia recurrida, la cual había revisado año por año la renta que debía de serlo cada cinco años, sustituyendo así la voluntad común y pactada de las partes por otra unilateral y posterior del arrendador que no se permite por el ordenamiento para la aplicación de las normas (art. 3.1 del

Código civil), ni tampoco se autoriza para el cumplimiento (art. 1.256) ni la interpretación de los contratos (arts. 1.281 a 1.289 del Código civil), ya que explícita y concretamente la normativa aplicable. El Real Decreto-Ley 3, de 4 de enero de 1978) en el momento de ejecución del contrato (pasados los cinco años) ordenaba su alcance concreto tanto para el período temporal de su vigencia (1.º de enero hasta el 31 de diciembre), como respecto al período determinado para la variación porcentual de la elevación («los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de revisión»).

José BONET CORREA

II. SENTENCIAS

A cargo de Antonio CABANILLAS, Pedro de ELIZALDE, Gabriel GARCIA CANTERO, Alberto MANZANARES y Cándido PAZ ARES.

I. DERECHO CIVIL

1. Parte General

1. *Error de hecho cometido en la sentencia. Efectos.*—La sentencia recurrida incurrió en evidente error de hecho al citar equivocadamente el segundo apellido de uno de los socios de la entidad «C.B.S.A.», pero fue debido a un lapsus o error de pluma insuficiente para dar lugar a la casación, pues la Sala de instancias no confundió realmente a los socios y, además, tal error no sería determinante de variación alguna en el sentido y fundamentación de la sentencia.

Doctrina de los actos propios. Casos en que se excluye su aplicación.—Para oponerse con éxito a la aplicación de esta doctrina debe proporcionarse la prueba de la invalidez o ineficacia, absoluta o relativa de los actos o contratos en que intervinieron los interesados, habiendo declarado, además, la jurisprudencia que no puede alegar la nulidad de una venta o contrato quien lo confirmó por actos posteriores. (Sentencia de 18 de octubre de 1982; no ha lugar.)

NOTA.—Las relaciones entre la doctrina de los actos propios y la impugnación de un negocio ineficaz se exponen con detalle por L. Díez-Picazo en «La doctrina de los propios actos», Bosch, 1963, págs. 170 a 176. Tal como allí se indica, la regla de que una persona no puede impugnar un negocio jurídico irregular cuando ha ejecutado voluntariamente dicho negocio o, de cualquier otra manera, ha prestado con sus actos su aquiescencia a dicho negocio, es el antecedente inmediato de la confirmación tácita. Por ello, la alegación de esta doctrina carece hoy de sentido al disponerse de los artículos 1.309 y siguientes del Código Civil. Sólo cuando falte alguno de los requisitos propios de la confirmación (desconocimiento de la causa de ineficacia, no cese de ésta) procederá acudir a la doctrina de los propios actos para afirmar la inimpugnabilidad del negocio. (Sentencia de 18 de octubre de 1982; no ha lugar.)

P. E.

2. *Doctrina de los actos propios.*—El Tribunal Supremo se enfrenta con la siguiente situación: Un asegurado rescinde unilateralmente el contrato de seguro, haciendo uso de la posibilidad que en este sentido se le concedía en la póliza. Como consecuencia de ello, la aseguradora le reclama, en concepto de indemnización por la rescisión el pago de las primas correspondientes a una anualidad, tal y como se había, establecido en la póliza del contrato. Sin embargo, y no obstante la rescisión, la aseguradora continúa librando recibos contra el asegurado de las anualidades sucesivas, como

si el contrato todavía estuviese en vigor con posterioridad a la rescisión. Un día determinado la aseguradora demanda al asegurado, reclamándole justamente el pago de todas esas anualidades. El Tribunal Supremo estima que al haber convenido la aseguradora en la rescisión (como lo prueba el hecho de haber reclamado del asegurado la indemnización prevista en repetidas ocasiones) estaba realizando *actos propios*, contra los que iba su posterior conducta de seguir librando recibos por primas correspondientes a un contrato ya rescindido, y cuyo importe global reclama judicialmente en el juicio que termina con esta sentencia. Por esta razón, el juzgador de instancia, al desestimar su demanda, la de la aseguradora —dice el Tribunal Supremo—, ha aplicado correctamente la doctrina jurisprudencial conforme a la cual *nadie puede ir válidamente contra sus propios actos*. (S. T. S. de 31 de octubre de 1981; no ha lugar.)

3. *Culpa extracontractual. Muerte en accidente laboral. Prescripción. Ineficacia interruptiva de actuaciones judiciales viciadas por fraude según sentencia de revisión.*—Afirmada rotundamente en la sentencia de revisión la existencia de fraude por interpelación deliberadamente irregular de los demandados, en modo alguno es permitido un nuevo examen de los antecedentes del primer litigio en el afán de eludir las terminantes ponderaciones efectuadas por este Tribunal en recurso de revisión, proceso especial y autónomo del cual las declaraciones hechas al rescindir la sentencia combatida «no podrán ser ya discutidas» según rotunda declaración del artículo 1.807, párr. 2.º, de la L. e. c., lo que significa que aquellos hechos tenidos por probados en la sentencia revisoria han de ser establecidos como ciertos en el nuevo proceso; para que pueda interrumpirse el transcurso del plazo prescriptivo, la acción o la reclamación han de ser dirigidas precisamente contra el sujeto pasivo, exigiéndose, además, la regularidad del acto por cuanto ha de reunir los requisitos de eficacia y validez formal, lo que impide que un comportamiento contrario a la buena fe, e incluso teñido de dolo, en el ejercicio de un derecho, pueda ser protegido por el ordenamiento (art. 7 C. c.), atribuyéndole consecuencias beneficiosas para el sujeto activo de la conducta ilícita. (Sentencia de 4 de marzo de 1983; no ha lugar.)

3. Obligaciones y contratos

4. *In iliquidis non fit mora.*—Recuerda el Tribunal Supremo en esta sentencia el principio aludido según el cual «en caso de indeterminación cuantitativa de la suma reclamada a la fecha de la iniciación del litigio [no puede condenarse al demandado] al pago del interés legal de tal suma, más que a partir de la fecha de concreción» de la misma y no desde la interpelación judicial. (S. T. S. de 16 de abril de 1982; no ha lugar.)

5. *Préstamo. Intereses legales. Cantidad ilíquida.*—La Sentencia de la Audiencia Territorial había condenado al demandado a pagar el interés legal de la cantidad resultante de todos los pronunciamientos anteriores desde la presentación de la demanda hasta el total pago de los conceptos anteriores,

lo que implica —dice el Tribunal Supremo— la condena al pago de cantidad ilíquida, y no obstante, a satisfacer por ella intereses legales, que no fueron solicitados, y además con clara infracción de la doctrina jurisprudencial, en el sentido de que en supuesto de reclamación judicial de una deuda dineraria, el deudor vendrá obligado al pago de los intereses legales por «cantidad líquida» desde que se reclamen judicialmente, es decir, desde el momento en que empieza la litis pendencia, pero siempre que se le condene al pago de la suma declarada líquida, y no cuando, como sucede en este caso, la condena es por cantidad inferior o distinta, o cuando ha de determinarse en ejecución de sentencia (Sentencias, entre otras muchas, de 3 de mayo y 4 de junio de 1968; 3 de octubre de 1969; 21 de febrero de 1970, 24 de mayo de 1971), lo que lleva a casar la sentencia recurrida en el extremo relativo a la condena al pago de los intereses legales. (Sentencia de 30 de noviembre de 1982; ha lugar.)

6. *Solidaridad.*—Aunque es cierto que «sólo» habrá lugar a la solidaridad cuando «expresamente» la «determine» la voluntad de los contratantes «constituyéndose» la obligación con el carácter de solidaria, no es menos cierto que para hallar la solidaridad no se precisa la utilización del término por modo necesario, conformándose con la idea de la misma (a partir de la Sentencia de 1 de diciembre de 1981, entre otras muchas, las de 11 de mayo y 7 de diciembre de 1968 y 19 de diciembre de 1970), bastando que la voluntad se manifieste siquiera no sea con palabras si los actos reveladores son bastantes a alumbrarla y darla a conocer con claridad, indagación que puede extenderse desde la declaración a los hechos que la acompañen y circunstancias en que se produzca en cuanto por unos u otros se transparente la idea solidaria. (Sentencia de 6 de diciembre de 1982; no ha lugar.)

7. *Contrato de seguro. Contrato de adhesión. Condiciones generales de contratación. Interpretación.*—El recurso gira en torno a una cláusula de las Condiciones Generales de Contratación de la Póliza de Seguros, que establecía «la responsabilidad de la Compañía no se verá afectada en ninguno de los riesgos garantizados, a excepción del robo cuando esté amparado por esta póliza, si el vehículo o vehículos no son conducidos por personas no autorizadas por el Asegurado o que carezcan del permiso suficiente de conducción expedido por la Autoridad competente.

La aseguradora mantenía que el accidente se produjo en una carretera nacional, en domingo, y que el asegurado no podía conducir por ella conforme a una Orden de 27-7-74.

El Tribunal Supremo afirma que estamos en presencia de un contrato de adhesión, por lo que las dudas que pudieran surgir sobre la significación de sus cláusulas formales no podrían resolverse en una interpretación extensiva cuando la persona o contratante de mayor relevancia en el negocio jurídico no había empleado una mayor diligencia para hacer constar tal interpretación, pues lo contrario sería ir en contra de la parte más débil y vulnerar la buena fe y la seguridad del tráfico jurídico de típica protección en estos supuestos.

Lo que claramente estaba revelando la cláusula cuestionada con sus precisiones era que se condujera el vehículo por terceras personas sin la normal y debida habilitación legal, a lo cual eran ajenas esas prohibiciones accidentales de lugar y tiempo que son extrañas a la conducción con permiso suficiente, mucho más si se trata del propio asegurado que está fuera de la cláusula de exclusión. (Sentencia de 18 de febrero de 1983; no ha lugar.)

8. *Condiciones generales de contratos. Cuenta corriente bancaria. Exoneración de responsabilidad.*—Prescindiendo de la circunstancia de que las condiciones generales que obran al reverso de la solicitud de apertura de cuenta corriente no aparecen avaladas a su pie por la firma del cuentacorrentista, debe indicarse que en ellas se exonera de responsabilidad al Banco por el pago efectuado sobre talones en que se hubiese imitado la firma del cuentacorrentista, pero no cuando la falsificación se hace en la hoja de petición de nuevos talones, que se entregaron a quien no era titular. El pacto de exoneración no tiene el alcance de amparar la posible falsificación de la firma en la hoja de solicitud de nuevo talonario y, por ende, las consecuencias en orden a la expedición de cheques con la firma falsificada por el tercero que indebidamente lo había obtenido. (Sentencia de 3 de diciembre de 1982; no ha lugar.)

9. *Competencia. Sumisión expresa.*—El Tribunal Supremo entiende que no hay sumisión expresa cuando al final del albarán hay un recuadro con el texto «recibí» y «conforme con las condiciones generales de venta consignadas al dorso» y con espacio para su firma y resulta que dicho texto impreso no figura suscrito por el comprador. (Sentencia de 18 de enero de 1983.)

10. *Civil. Interpretación de contrato.*—Como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la interpretación de los contratos es en principio privativa de los Tribunales de Instancia cuyo criterio debe prevalecer en casación, salvo el caso de que resulte evidentemente equivocado, inverosímil o absurda, y en modo alguno cuadran tales calificativos a la postura mantenida por la resolución de la Audiencia, que, con base en la apreciación conjunta de la prueba y no en la mera interpretación del convenio, concluye la no concurrencia de la condición prevista por las partes para el juego de la cláusula de abono de la cantidad suplementaria de 300.000 pesetas, y entiende que el precio total ha de fijarse en la suma de 2.150.000 pesetas. (Sentencia de 14 de diciembre de 1982.)

HECHOS.—Los actores habían comprado a los demandados una finca comprometiéndose los vendedores a dejar libre en el plazo de un año el inmueble vendido. Los demandados no desalojaron el inmueble en tal plazo y los compradores formularon demanda solicitando se condenara a los demandados a dejar libre el inmueble, entregándolo a los actores. La demanda fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia y confirmada por la Audiencia Territorial.

11. *Sucesión en contrato. Legitimación.*—Los recurrentes sostenían que la actora carecía de legitimación, por no pertenecerle los derechos derivados del contrato suscrito por don Julio y don Ramón en 1963.

El Tribunal Supremo desestima esta tesis haciendo suya la del Juzgado de Primera Instancia en el sentido de que los herederos suceden legalmente al difunto por el solo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones, teniendo por tanto desde ese momento, en tal carácter, acción y personalidad para pedir, frente a las mismas personas que en vida pudo demandar el causante, el cumplimiento de las obligaciones contractualmente asumidas, argumento al que se suma el de la Audiencia al entender que la situación obligacional del referido contrato de 1963 estaba tan ligada a la finca «La Ninfa», que sólo desde su titularidad podía ejercitarse, y en todo caso la intención de los interesados fue tener los derechos convenidos por incluidos en la titularidad de la finca, tesis interpretativa válida tanto para la adquisición de los discutidos derechos por quienes fueron adjudicatarios en vía hereditaria del inmueble en cuestión como para entenderlos aportados con ella al capital de la sociedad por los mismos constituida.

Cláusula «rebus sic stantibus».—El desequilibrio económico alegado por el recurrente ni se puede deducir de abstractas y unilaterales valoraciones contemplando sólo la prestación de una de las partes con olvido de la contrapartida correspondiente a las otras —así en cuanto a lo que en su día fue entregado, como en lo que, eventualmente quede por entregar como resultado de las liquidaciones que la sentencia impugnada impone, ni cabe dar acogida a la reclamada cláusula equilibradora, en un momento en que todavía se desconoce el preciso alcance económico de la prestación de la demanda frente a la que se postula el juego de la misma. (Sentencia de 13 de diciembre de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Ramón P. P. y don Julio A. G. concertaron en 1963 un contrato con los demandados, dueños de la Urbanización IFARA, por el que cedían a los demandados ciertos terrenos para viales a fin de facilitar la comunicación de la citada Urbanización, comprometiéndose don Ramón y don Julio a pagar una parte de la urbanización de los viales. Como contraprestación los demandados se obligaban a ceder a don Ramón y a don Julio 7.500 metros cuadrados de parcelas de terreno de su Urbanización.

Fallecidos don Ramón y don Julio, sus herederos constituyeron la sociedad Urbanización LA NINFA, S. A., entidad que demanda por incumplimiento de contrato, exigiendo la cesión de los 7.500 metros cuadrados.

El Juzgado y la Audiencia estimaron la demanda y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso.

12. *Civil. Donación. Incapacidad del donante. Cosa juzgada.*—Las actuaciones de este pleito traen causa de otros anteriores en los que la hoy re-

currida, María L. B., solicitó la declaración de nulidad de donación de una finca rústica efectuada por su madre, Ramona B. E., en favor de su hijo (hoy recurrente y hermano de la recurrida) Asensio L. B. el 17 de diciembre de 1960, con base en la incapacidad de la donante, pretensión que fue admitida por el Juzgado, la Audiencia y el Tribunal Supremo.

Tras ello, Asensio L. B., que antes había mantenido su oposición sosteniendo la plena capacidad de su madre donante, inició otro juicio declarativo de mayor cuantía, en el que, contrariando sus actos anteriores, se apoya en aquella declaración judicial para pedir la nulidad de otra donación hecha igualmente por su madre en favor de otro de sus hijos, Gregorio L. B., el 2 de abril de 1959, y la posterior venta de que esa finca hizo el donatario el 28 de junio de 1959.

La demanda de Asensio L. B. fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia, confirmando la Audiencia Territorial esta sentencia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso.

Desestima el Tribunal Supremo la alegación del recurrente de que la sentencia ahora recurrida infrinja el principio de cosa juzgada, pues a los efectos del artículo 1.252 del Código Civil es claro que los casos en este proceso y en el anterior fueron distintos como distinta fue la calidad procesal de los litigantes y la causa de pedir, pero sobre todo porque los supuestos en que se basó la declaración de incapacidad para la primera de las donaciones (es decir, la de 1960) son diferentes de las de este caso, ya que allí la incapacidad quedó acreditada fehacientemente, mientras que la segunda, efectuada un año antes, la hizo la pretendida incapaz junto a su esposo, con el que aquélla coadyuvó por tratarse de un bien común, dando el Notario otorgante fe de su capacidad, que fue aseverada con rotundidad por tres doctores en Medicina que la examinaron, añadiendo que en el instante de hacerlo, a pesar de su enfermedad crónica, pudo tener la lucidez suficiente que le permitiera dar su aquiescencia y conformidad a lo escriturado, lo que permitió al Juzgador hacer la declaración de «no haberse probado la incapacidad pretendida», que tendría que haberse dado en forma clara y terminante. (Sentencia de 21 de diciembre de 1982; no ha lugar.)

13. *Promesa de venta.*—Esta modalidad contractual es incompatible con la inequívoca existencia de conformidad en la cosa y el precio, aunque la cuantía de éste haya quedado sujeta al resultado de un posterior acaecimiento o referida a una concreta normativa reguladora del mismo, a menos que hubiera quedado patente la voluntad de las partes de excluir los efectos de la compraventa actual sustituyéndolos por aquel «obligarse a obligarse», desde el que, en principio, cabe contemplar la figura del artículo 1.541 del Código civil.

Enriquecimiento injusto.—La existencia de una elevación extraordinaria de precios en el tiempo que media desde la suscripción de los contratos has-

ta la terminación de las obras no determina un enriquecimiento injusto en los compradores, pues para ello sería necesario una falta de causa que justifique el enriquecimiento, requisito aquí ausente cuando se contrata que las obras empezaron a ser financiadas por los compradores, mediante la entrega de dinero al constructor, desde la firma del contrato y a lo largo de todo el período de la construcción, lo que no permite cargar a los compradores el montante de aquella elevación, por otra parte integrado en ese cierto «alea», en este caso tanto más conocido por el vendedor, dada su profesión de constructor, que previsible por los compradores, inherente a toda compraventa de cosa futura con pago del precio aplazado en parte.

Causa ilícita.—No existe en el caso de adquisición de más de una vivienda de protección oficial (estableciendo la legalidad vigente en esta materia la adquisición de más de una de ellas para uso propio, porque además de no ser tesis válida para todos los casos, como determina el artículo 106 del Reglamento de 24 de julio de 1968, olvida que en modo alguno afecta a la libertad de compra, de modo que, civilmente sólo cabría poner en cuestión la eficacia del contrato mediante la demostración por el que argumenta con su ilicitud de la efectiva producción del hecho fraudulento, el cual no puede ser presumido derivándolo sin más de la compra múltiple, ya que a ésta en modo alguno cabe atribuirle el destino inexorable de la reventa lucrativa o la ilegal ocupación por un mismo comprador de los varios pisos adquiridos, situaciones que por su parte tienen adecuada sanción en el Reglamento como ponen de manifiesto los artículos 115 d) en relación con los números 6 y 8 del apartado B) del artículo 153 del propio ordenamiento. (Sentencia de 20 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

14. *Venta de vivienda protegida. Sobreprecio.*—La fijación del precio por la Ley obliga a su cumplimiento, hasta el punto del deber de sancionar con la nulidad por ilicitud todo precio de vivienda protegida que exceda del señalado en la cédula de calificación definitiva.

Carga de la prueba.—Corresponde a la demanda la prueba de lo contrario por ser hecho extintivo.

Garantía de la fe pública de la escritura.—No alcanza o no concede el privilegio de la veracidad intrínseca, material, a todo su contenido (salvo su otorgamiento y su fecha en cuanto a tercero), puesto que sus declaraciones —respecto de los contratantes y causahabientes— pueden ser en cuanto a su contenido enervadas por otras pruebas, dado el sistema de libre apreciación de los medios que la ley consiga, sin valor preferente de unos sobre otros en general, que es a lo que se atuvo la Sala sentenciadora, máxime por el imperativo legal que le obligaba a estar el precio reglamentariamente fijado en la calificación definitiva de la vivienda.

Confesión.—Ha de ser clara, precisa y contundente y que, aun así, tampoco sería decisiva por sí sola, dada su pérdida condición de reina de las pruebas.

Error en la apreciación de la prueba.—La propia formulación del motivo impide el estudio de lo que en él se expresa, que no se indica si el error en la apreciación de la prueba es el de hecho o el de derecho y aun suponiendo, como parece ser, que se refiere al de hecho, porque no se cita, como es obligado, el documento o documento auténtico que demuestre el pretendido error, independientemente de que la alegación como infringido del artículo 1.253 ha de seguir el cauce del número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal, por no contener tal precepto sustantivo norma valorativa de prueba.

Conclusión presuntiva.—Para destruirla hay que acreditar o demostrar que el juzgador ha seguido, al establecer el nexo entre hechos base y consecuencia, una vía o camino erróneo, ilógico o absurdo, no razonable o contrario a las reglas de la sana lógica y buen criterio. (Sentencia de 26 de febrero de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—Venta de una vivienda protegida por un precio superior al señalado en la cédula de calificación definitiva. El comprador demandó a la empresa vendedora solicitando la devolución de lo que había pagado en exceso, los intereses legales y las costas.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto por la empresa vendedora.

15. *Compraventa. Resolución parcial. Incongruencia.*—La recurrente alegaba incongruencia en la Sentencia recurrida porque ejercitada una acción de resarcimiento de daños, la Sentencia había declarado resuelto parcialmente el contrato. Y dice el Tribunal Supremo que, conforme a reiterada jurisprudencia (Sentencias 12 junio 1981, 20 junio 1981, 3 julio 1981, 3 marzo 1981, 8 abril 1982, 17 mayo 1982, 30 junio 1982), la finalidad del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en armonía con los principios de contradicción, audiencia bilateral y «sententia debet esse conforme libello», es la de resolver todas las cuestiones propuestas en el debate, ultimándolo tanto procesal como sustantivamente en evitación de procesos ulteriores, ajustando el fallo a las pretensiones de las partes, pero no de modo literal, sino sustancial y razonablemente, de tal modo que sobre la base de un respeto absoluto a los hechos, pueda el juzgador, sin embargo, pronunciarse sobre la esencia y circunstancias concomitantes del tema, antecedentes y consecuentes, incluso mediante la elección de la norma adecuada (iura novit curia) y la aplicación de la misma a dichos presupuestos y consecuentes implícitos en la «causa pretendi», siempre que con ésta tengan normal, natural y lógica relación. (Sentencia de 19 de enero de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora había comprado a ASTILLEROS DEL ATLANTICO una maquinaria (compuesta de partes capaces de separación y de utilización también parcial). La demandada entregó una de esas partes de

forma insatisfactoria para la actora, pues no se ajustaba a la marca y calidad pedida, por lo que solicitaba una indemnización de daños y perjuicios. El juzgado estimó la demanda, la Audiencia confirmó la Sentencia y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso.

16. *Resolución de contrato de compraventa. Requisitos.*—La facultad de resolver el contrato de compraventa por falta de pago del precio en el tiempo convenido exige, a tenor de los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil y de la jurisprudencia que los interpreta, una voluntad rebelde al cumplimiento de la obligación por parte del comprador y una previa declaración de voluntad del vendedor exteriorizada en forma de requerimiento judicial o notarial dirigida al comprador de tener por resuelto el contrato. (Sentencia de 22 de febrero de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor había vendido diversos locales comerciales a los demandados, aplazando parte del precio mediante letras de cambio, que habían sido devueltas por los demandados. El actor pedía la resolución de los contratos. El Juzgado estima la demanda. La Audiencia confirmó la Sentencia y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso.

17. *Venta a plazos de bien mueble. Caducidad del asiento no cancelado.*—Es clara la estimación del motivo en atención a las siguientes razones: a) porque no se puede dar, como última y definitiva «ratio» para rechazar la excepción de caducidad registral, la aplicación al caso del artículo 76 de la Ley Hipotecaria, expresivo de que «las inscripciones no se extinguen, en cuanto a tercero, sino por su cancelación «y no porque sea una aplicación analógica impropia o excesiva de lo que puede considerarse un principio o más bien regla registral de acomodación tabular a la realidad extrarregistral, sino porque sus propios términos generales no excluyen, en definitiva, otros supuestos de extinción de asientos previstos incluso en la misma Ley Hipotecaria, bien por cancelación automática o «de iure» del derecho registrado, bien por caducidad del asiento del Registro afectante a la publicidad (artículos 82, 2; 205 de la Ley Hipotecaria; 174, 175 y 298 del Reglamento Hipotecario, en relación con el artículo 205 de la Ley, y otros supuestos), hipótesis en las que el Registrador ha de proceder a la cancelación *de oficio* del asiento o anotación, sin consentimiento del titular ni mandato de autoridad, operándose así una cesación de efectos registrales «ministerio iuris», hasta el punto de que, según autorizada doctrina, la caducidad de la inscripción de inmatriculación (artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 del Reglamento) arrastrará o conllevará la ineficacia de otros asientos posteriores, aunque no se hubiera anotado marginalmente la cancelación por omisión del Registrador; b) porque es doctrina general que la caducidad, como expresión del influjo del tiempo en las relaciones jurídicas, por su propio carácter, a diferencia de la prescripción, opera de modo automático, por el mero transcurso del tiempo señalado en la Ley, sin más exigencias o independientemente de la voluntad, tanto de los interesados en el derecho

o relación jurídica controvertida, como del funcionario o autoridad que ha de apreciarla, lo que la distingue del plazo prescriptivo como excepción disponible por las partes; c) porque, en armonía con lo expuesto, más se refuerza ese carácter automático e «*ipso iure*» de la caducidad del asiento registral cuando, a semejanza del Reglamento Hipotecario en sus artículos 298 y 206, 13, la Ley dispone, tal el artículo 17 de la Ordenanza del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 8 de julio de 1966 (que coincide con el artículo 24 de la Ordenanza hoy vigente, de 15 de noviembre de 1982), que «el registro del documento *caducará y se cancelará de oficio* por el transcurso de un año, contado a partir del vencimiento del último plazo del precio aplazado»; d) porque esa expresión normativa está indicando el carácter radical y automático de la cancelación y pérdida de eficacia del asiento desde el punto de vista y operatividad registral, es decir, a los efectos de terceros posibles afectados por el contenido del asiento, y ello sin necesidad de que el Registro haya procedido o no a extender la nota de cancelación, puesto que ello sería contrariar lo tan claramente dispuesto en la Ley y dejar al arbitrio tanto de la parte interesada (que no solicita la prórroga), como del funcionario, la subsistencia de un asiento en perjuicio del tercero que confía en la mecánica legal del Registro, y e) en fin, porque ya las Sentencias de esta Sala, de 19 de abril de 1973 y 19 de abril de 1975 se pronunciaron de parejo modo, en caso análogo, en el sentido de que no se podían oponer a la Hacienda Pública los asientos registrales de inscripción de las reservas de dominio cuando dichos asientos aparecían caducados, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ordenanza, en fechas anteriores al embargo tributario.

Inaplicación del artículo 23 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles.—Entendido como se ha expuesto el artículo 17 de la Ordenanza, es evidente que no se aplica de modo correcto el artículo 23 de la Ley de Venta a Plazos de 1965, puesto que el hecho-derecho de la caducidad del asiento impide la subsunción en el supuesto de hecho de dicho artículo 23, es decir, inoponibilidad a un tercero, aquí la Hacienda, de un derecho no registrado cuando esa constancia tabular es precisa para que aquél sea afectado o perjudicado.

Tercearía de dominio. Carencia de título.—Razonamiento extensible a la aplicación indebida del artículo 348 del Código civil, en tanto que al tercerista, a los efectos de su acción esencial, cual es la del levantamiento del embargo practicado por Hacienda en un vehículo del que se dice dueño, no aporta el necesario título dominical para conseguir ese efecto, con la consecuencia obligada de la persistencia de la traba o embargo. (Sentencia de 30 de marzo de 1983; ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de venta a plazos de un vehículo furgoneta, en el que se pactó la reserva de dominio a favor del vendedor hasta el total pago del precio. En el año 1976 el vendedor reclamó al comprador, en juicio ejecutivo, el importe de las últimas cuatro letras vencidas y no pagadas, y recayó sentencia de condena contra el comprador. Pero en 1977

la Recaudación de Impuestos del Estado procedió al embargo del citado vehículo. Por este motivo el vendedor interpuso demanda de tercería de dominio contra el Estado y el comprador embargado.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia territorial acogieron la demanda del vendedor. Prospera el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado.

18. *Contrato de traspaso. Prestación de garantía hipotecaria. Error de hecho y de derecho.*—La actora había traspasado un bar a los demandados, quienes se obligaban a prestar garantía hipotecaria por el precio del traspaso, acordando ambas partes poner la documentación del bar a nombre de tercera persona. Incumplida la obligación de garantía, la actora formuló demanda solicitando se les condenara a formalizar la hipoteca, demanda que fue íntegramente admitida por el Juzgado de Primera Instancia y confirmada por la Audiencia Territorial.

A tenor de lo sancionado por reiterada jurisprudencia, «para demostrar el error de derecho es preciso citar la ley referente a la valoración de la prueba que se haya violado por la sentencia recurrida, y para el error de hecho citar concretamente el documento o acto auténtico que, sin complejidades de juicio y de razonamientos, patentice la pretendida equivocación de hecho sufrida por el juzgador, careciendo de la calidad de auténticos los documentos sobre cuya interpretación se ha discutido en el juicio y resuelto en la sentencia». (Sentencia de 15 de noviembre de 1982.)

19. *Arrendamiento de industria.*—El Tribunal considera probado que la actora aportó todos los elementos del negocio de peluquería ya dispuesto para un normal funcionamiento y ejercicio, sin que pueda admitirse que los útiles fueron adquiridos por la arrendataria para instalar su propia industria, puesto que dichos útiles fueron abonados por la arrendadora. (Sentencia de 10 de diciembre de 1982; no ha lugar.)

20. *Documentos auténticos.*—El contrato originario, las certificaciones de recepción y memoria de condiciones carecen en sí mismos de la autenticidad requerida. Además fueron tenidos en cuenta, examinados e interpretados por el Juzgador, sin que por sí solos demuestren lo contrario de lo apreciado por éste.

Utilización de argumentos impropios en casación.—La desestimación del motivo se refuerza por la circunstancia de que en el desarrollo del mismo se utilizan argumentos jurídicos, especialmente interpretativos y en relación con el concepto del contrato «mixto», impropios de este lugar, con la incidencia de la causa novena del artículo 1.729 de la Ley de Trámites, que en el actual trance decisorio lo es de desestimación.

Contrato mixto de compraventa y arrendamiento de obra.—Es perfectamente compatible la compraventa con la unión a un contrato de arrendamiento entendido también ciertamente como la locación de actividad o servi-

cio en el caso de que lo sea de obra, y ello como consecuencia de la actuación de la autonomía privada que consagra el artículo 1.255 del Código civil, que permite a los contratantes, siempre que respeten el triple límite que en el mismo se establece, la creación de tipos distintos de los previstos en la ley para cubrir las cambiantes necesidades económicas, generalmente utilizando los elementos de contratos regulados por esta, mediante fusión o simple unión de los mismos como sucede en el caso contemplado, que unas veces son simplemente atípicos bien con propio nombre (hospedaje, garaje, exposición, educación, corretaje, etc.), bien manteniendo los de los que se unen o fusionan, pero siempre produciendo una síntesis unitaria, y otras veces son además «innominados» por carecer de nominación propia y de regulación aplicable por carencia de precedentes (sumamentos raros), de los cuales los primeros son llamados *complejos* y *mixtos*, término este último utilizado por la doctrina alemana e italiana («Gemische Verträge», «contratti misti»), de lo que en España se hizo eco no sólo la doctrina científica, sino también la jurisprudencia de la que son muestras las Sentencias de 27 de febrero de 1950, 13 de octubre de 1965 y 29 de mayo de 1972, entre otras; viéndose incluso manifestaciones de los mismos en una serie de casos contemplados en el Código civil como la permuta con compensación de dinero (artículo 1.446), la donación onerosa (artículo 622), la aparcería (artículo 1.579) y la obra con suministro de material (artículo 1.588).

Regulación del contrato mixto.—El problema del contrato mixto no es el de su admisión, sino el de su regulación, siendo conocidas al respecto tres direcciones doctrinales que, iniciadas en Alemania, se desarrollaron en Italia y en España: en primer lugar, la de la *absorción* o prevalencia, según la que serán de aplicar las reglas del contrato cuyos elementos sean predominantes, que absorbería a los demás; en segundo término, la de la *combinación* que postula una especie de «alfabeto contractual» consistente en tener en cuenta los elementos concretos, más que el contrato nominado del que derivan, y finalmente, una *ecléctica*, partidaria de utilizar uno u otro criterio, según la combinación de elementos que intervengan en cada caso particular, siendo de observar que la tendencia moderna rechaza las tres posturas volviendo al viejo principio de la *analogía*, a cuyo tenor habrán de ser tenidos en cuenta los tipos contractuales más afines de acuerdo con la voluntad de las partes, sin que la preferencia de uno o de otro suponga aplicación inflexible de sus reglas legales y dependiendo la solución, en última instancia, de lo que decida, con su prudente arbitrio, la autoridad judicial; criterio que fue tenido presente en las Sentencias de 10 de junio de 1929 y 21 de marzo de 1956, y que es, en definitiva, el que, con acierto, sigue en este caso la Sentencia recurrida.

Prescripción de la acción.—Si se está en presencia de un contrato mixto y no de una compraventa, no puede sostenerse que es de aplicar el plazo prescriptivo de tres años, del número cuatro del artículo 1.967, sino el de quince años del artículo 1.964, por carecer en la Ley de uno específico.

Afirmaciones meramente fácticas.—Han quedado incólumes en casación, por no intentarse desvirtuar por la única vía procesal adecuada del número siete del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 19 de mayo de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de venta e instalación de unos hornos de fusión por un importe específicamente determinado, del que no se pagó una determinada cantidad. Por este motivo el vendedor interpuso demanda solicitando el pago de la suma adeudada y los intereses legales correspondientes.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial acogió en parte el recurso y absolvió a uno de los demandados. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Como ha precisado el profesor DE CASTRO (*El negocio jurídico*, Madrid, 1971, págs. 208-209), la cuestión clave para fijar el significado del negocio atípico (incluido el mixto) es la de cuál es su causa. Conforme a la causa del negocio atípico, se averiguará si lo convenido tiene la unidad propia de ser un solo negocio o si se trata de una pluralidad de negocios y, en tal caso, si ellos son entre sí independientes, conexos o subordinados. También habrá de atenderse a ella y a la legislación correspondiente, cuando se trata de saber si la variante introducida en el negocio le exime de los preceptos imperativos de una ley (p. ej., de la LAU). Lo que sí puede y deberá hacerse es utilizar analógicamente lo dispuesto en las leyes respecto de prestaciones de la misma o semejante naturaleza (p. ej., sobre vicios de la cosa). Todavía, sobre el modo de entender y completar el contenido de los convenios, se aplicarán a los negocios atípicos las reglas sobre la interpretación (artículos 1.286, 1.287, 1.289) y la eficacia de los contratos (artículo 1.258).

Sobre la doctrina del Tribunal Supremo puede consultarse la amplia referencia que aparece en la citada obra de DE CASTRO (Op. cit., pp. 209-211).

A. C. S.

21. *Contrato de obra. Ampliación de la obra proyectada. Revisión del precio.*—Cumple decir que por estar sustancialmente referido el motivo a la impugnación de la partida de obra ampliada no es posible acceder a su estimación ante la terminante fijación de la prueba, no combatida en este punto en el recurso por la vía adecuada, tal como antes se ha expuesto, es decir, la aceptación inequívoca, aunque tácita, del demandado a la valoración de esa obra en la cantidad dicha y que figura como determinante de la liquidación del tan citado documento número cinco realizado por el arquitecto técnico, consentimiento que el juzgador de instancia no funda en el silencio, sino en el conjunto de la prueba, y sin olvidar que, de estar constituido por él, la conclusión judicial no sería sino una presunción que habría de ser combatida con la denuncia de la infracción de las normas a ella referidas, según ya se dijo en Sentencia de 10 de octubre de 1982. (Sentencia de 28 de enero de 1983; ha lugar.)

NOTA.—La autorización del comitente al aumento de obra se deduce del hecho de permitir y autorizar la continuación de la obra con su frecuente presencia en ella y solicitar del arquitecto la certificación final de obra sin reparo alguno, actos que son considerados concluyentes. El recurso de

casación es acogido por el Tribunal Supremo tan sólo por haber padecido la Sala de Instancia error de hecho a la hora de incluir en su fallo, para liquidar la cantidad que ordena pagar al demandado, una determinada partida que, de acuerdo con el contrato, no era revisable.

En diversas sentencias nuestro Tribunal Supremo ha deducido la autorización del comitente, exigida por el artículo 1.593 del Código civil, de la conducta del mismo. Así, en la Sentencia de 31 de marzo de 1982 no se conceptúa arbitraria o ilógica la operación razonadora que deduce la conformidad del dueño de la obra a la realización de las mejoras del significativo hecho de pagar sin otra justificación unas trescientas cincuenta mil pesetas más sobre la cantidad presupuestada de principio (la hemos comentado en este ANUARIO, 1982, III, pp. 952-953). También tienen interés las Sentencias de 26 de diciembre de 1979 y 17 de diciembre de 1980, que anotamos igualmente en este ANUARIO (1980, IV, pp. 1100-1101, y 1981, III, p. 898).

A. C. S.

22. *La recepción de la obra. Vicios en el inmueble construido.*—Si bien como tiene declarado esta Sala, la principal característica del arrendamiento de obra es el resultado del trabajo, de donde se deduce que la principal obligación del empresario es la ejecución de la obra convenida con las características adecuadas a su fin, para que pueda ser estimada de recibo, quedando esta declaración supeditada a resolución judicial si surge discrepancia entre las partes acerca de ella, y que la doctrina generalizada admite que el propietario tiene derecho, aun después de la recepción de la obra, al saneamiento por vicios ocultos (Sentencia de 14 de octubre de 1968), no ofrece duda que, en el supuesto de autos, en el que se parte del hecho no combatido de que se ha producido un incumplimiento parcial del contrato de obra por parte del contratista hoy recurrente, y que el informe pericial practicado en autos aparece no sólo la deficiencia de las obras ejecutadas, sino también que aquélla no resultaba apta para su ocupación, en modo alguno cabe sostener que la recepción verificada por el dueño de la obra, en la que mostró una conformidad, que por ser anterior al recibo de la obra no le permitió apreciar la imposibilidad de su ocupación, salvo que se verificarán determinadas reparaciones, libere al contratista de su obligación de responder del saneamiento por vicios ocultos, a que le obliga el artículo 1.553 del Código civil, sin perjuicio de que a la misma conclusión se llegaría por aplicación del mandato del artículo 1.591 del mismo cuerpo legal, regulador de la responsabilidad del contratista por vicios de la construcción.

Principio de la congruencia.—Obliga a que exista concordancia entre lo pretendido y lo resuelto; pero no exige que el juzgador tenga que pronunciar su fallo ajustándose rigurosamente a los términos literales en que están redactadas las pretensiones de las partes, sino que, por el contrario, el fallo ha de acatar la esencia de lo solicitado, en conexión con los antecedentes de hecho y razonamientos jurídicos expuestos por los contendientes en los escritos iniciales del pleito, y el ajuste del fallo a las pretensiones y a los hechos discutidos no ha de ser literal, sino sustancial y razonable y siempre sobre la base del respeto absoluto a los hechos pueden los jueces aplicar la norma que estimen adecuada, como respuesta jurídica correcta, enten-

diéndose que esto es extensivo a las naturales, lógicas y necesarias derivaciones del tema planteado que conduzcan a la más fácil efectividad del fallo, por lo que, al limitarse la Sala sentenciadora a anticipar, en aras de una mayor economía procesal, la concreción de la cantidad indemnizatoria a cuyo abono condena al demandado, partiendo de la base de los hechos fijados en las actuaciones, a través de las pruebas contradictoriamente practicadas en la correspondiente fase procesal, no puede entenderse que se ha producido incongruencia alguna.

Incumplimiento parcial. Falta de virtualidad suficiente para motivar la resolución del contrato.—Como tiene declarado una constante doctrina jurisprudencial, la aplicación de la facultad resolutoria de las obligaciones recíprocas que autoriza el artículo 1.124 del Código civil, requiere la existencia de un verdadero y propio incumplimiento, revelador de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de una obligación contractual, lo que no sucede en el supuesto que nos ocupa, en que la resolución recurrida aprecia como hecho probado un incumplimiento parcial, consistente en la ejecución deficiente de la obra que, no obstante, fue entregada en su momento al actor, y que no alcanza virtualidad suficiente para motivar la resolución del contrato, lo que no impide que, en virtud de los artículos 1.553 y 1.101 del Código civil, se condene a los demandados al abono de las indemnizaciones que procedan por los daños y perjuicios causados al dueño de la obra, como consecuencia de su deficiente ejecución. (Sentencia de 25 de febrero de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato para la construcción de un chalet. Con anterioridad a su terminación, el comitente manifestó su conformidad a las obras, pero más adelante observó deficiencias de construcción. Por este motivo solicitó la resolución del contrato e indemnización de daños y perjuicios.

El Juez de Primera Instancia desestimó la petición de resolución y acogió la relativa a indemnización de daños y perjuicios. No prosperan los recursos de apelación y casación.

NOTA.—En esta sentencia se aborda el problema de la relación de la recepción que la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1968 define como el acto o la manifestación del propietario, reconociendo que la obra ha sido ejecutada correctamente, y los vicios en la obra construida. Se trata, en definitiva, de precisar los efectos de la recepción en orden a la responsabilidad del contratista por vicios en la obra construida.

Según el contratista recurrente, la recepción de la obra por parte del comitente le libera de toda responsabilidad, con la única excepción del artículo 1.591 del Código civil. Con buen criterio, sin embargo, el Tribunal Supremo rechaza esta argumentación del recurrente, porque la recepción verificada por el comitente, al ser anterior a la terminación de la obra y no permitirle apreciar en este momento las deficiencias de la construcción, no autoriza liberar al contratista de su obligación de responder por los

vicios ocultos. De esta manera sigue nuestro Tribunal Supremo la doctrina afirmada en la Sentencia de 14 de octubre de 1968. Conviene reflexionar, aunque sea brevemente, sobre las importantes conclusiones que se deducen de la posición del Tribunal Supremo.

A) En relación con la existencia de vicios en la obra construida, la recepción no cubre en modo alguno los vicios ocultos. La invocación del artículo 1.553 del Código civil es significativa en este sentido. Queda, no obstante, abierta la cuestión respecto de los vicios aparentes, y en buena lógica no cabe duda de que si también se tiene en cuenta este precepto el contratista ha de liberarse de la responsabilidad derivada de los vicios aparentes que no han sido denunciados por el comitente al producirse la recepción (al menos frente al propio comitente). El problema, sin embargo, no es solucionado específicamente en la normativa del Código civil sobre el contrato de obra (artículos 1.588 a 1.600), aunque se afirma por numerosos autores y el propio Tribunal Supremo (Sentencia de 14 de octubre de 1968) la aplicación analógica del citado precepto y del artículo 1.484 del Código civil (Cfr., nuestro estudio *La recepción de la obra*, en este ANUARIO, 1978, II, pp. 302-306). Con carácter general, al exponer las consecuencias de la ejecución defectuosa de la prestación por el deudor, DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 1, Madrid, 1972, p. 691) considera aplicable los principios de diligencia y autorresponsabilidad si el acreedor (en nuestro caso el comitente) aceptó sin reserva ni protesta alguna una prestación que él conocía que era defectuosa o cuyo carácter defectuoso debió diligentemente descubrir.

El problema es también abordado en el Derecho comparado y las soluciones consagradas legalmente o defendidas por la doctrina y la jurisprudencia no suelen diferir de la expuesta. Los artículos 1.667 del Código civil italiano, 370 del Código de las obligaciones suizo y 1.219 del Código civil portugués son muy claros en este sentido. En el Derecho francés la garantía de perfecta terminación no se aplica a los vicios que se patentizan con anterioridad a la recepción de la obra y que no han sido objeto de reservas (artículos 1.792-6 del Código civil). Como dice CASTÓN (*La responsabilité des constructeurs*, París, 1979, p. 110), esto es lógico, puesto que la recepción de los trabajos constituye una aceptación; los vicios aparentes han de considerarse aceptados con el resto de la obra.

En el Derecho alemán el problema es muy debatido. Desde luego, en el BGB se tiene en cuenta el hecho de que el comitente conozca o no la existencia de los vicios, pues de acuerdo con el párrafo 640, si el comitente admite la obra conociendo la existencia del vicio, sólo le corresponden las pretensiones de supresión del vicio, resolución del contrato o reducción del precio (párrafos 633 y 634) si se reserva sus derechos en el momento de la admisión de la obra.

Se ha cuestionado por numerosos autores alemanes si el comitente, en el caso de que no haga reserva de sus derechos, tal como previene el párrafo 640, tiene derecho al rescaramiento de daños y perjuicios contemplado en el párrafo 635. Un importante sector doctrinal ha sostenido que el comitente pierde este derecho, pues una solución diferente sería contraria a la buena fe (cfr., SCHÜSSLER, *Die Abnahme beim Werkvertrag*, Rostok, 1933, p. 25, donde aparece una amplia referencia de autores que piensan de esta manera). Sin embargo, algunos autores entienden que dicha tesis está en desacuerdo con lo dispuesto en el párrafo 640 (cfr., FRYE, *Die Mangelhaftung um Werkvertrag*, Marburg, 1933, p. 42, y LOCHER, *Das private Baurecht*, München, 1978, p. 19, con amplia referencia doctrinal).

B) Nuestro Tribunal Supremo no considera procedente la pretensión de resolución del contrato de obra, sino exclusivamente el rescaramiento de daños y perjuicios a que se refiere el artículo 1.101 del Código civil. La

argumentación del Tribunal Supremo parece correcta, ya que los vicios que presentaba el chalet construido, al no ser determinantes de ruina, no determinaban la frustración del fin del contrato y por tanto la resolución del mismo. Anteriormente este Tribunal ha afirmado en supuestos similares (Sentencias de 3 de octubre de 1979 y 15 de marzo de 1979, entre otras) que la acción resolutoria presupone que los vicios revistan tal grado de imperfección que hagan impropia la obra para satisfacer el interés del comitente (sobre la cuestión véase nuestro comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979, en este ANUARIO, 1980, I, p. 213 ss.)

A. C. S.

23. *Venta de pisos en construcción que presentan vicios no determinantes de la ruina. Aplicación de las normas generales de la responsabilidad negocial.*—No se está en presencia de vicios determinantes de ruina, ni siquiera en la amplia acepción que la jurisprudencia da al concepto en la esfera del contrato de obra, extendiéndola a la inutilidad de la construida para su destino o «ruina funcional» (Sentencia de 11 de enero de 1982 y las que en ella se citan), sino de ejecución defectuosa con relación a lo proyectado y ofrecido al otorgar la venta de los pisos en construcción, en definitiva ante un supuesto de incumplimiento contractual, solventable por la vía de las reglas generales de la responsabilidad negocial (Sentencias de 3 de octubre de 1979 y 8 de febrero de 1982), ante la evidencia de que el contratista y vendedor no realizó la prestación según lo pactado en este contrato que, para autorizada opinión, presenta naturaleza compleja por la concurrencia del *dare* de la compraventa con el *facere* del contrato de obra.

Responsabilidad del promotor.—El técnico aludido ocupa la posición de extraño, como enteramente ajeno a los contratos de compraventa, y aun dentro del ámbito del artículo 1.591, norma de derecho material en que podría basarse la situación litisconsorcial denunciada, tampoco puede apreciarse la irregularidad que se dice en la constitución de la relación jurídica procesal, pues si bien no existe obstáculo para incluir en la hipótesis normativa en cuestión también el Aparejador o Arquitecto técnico, con responsabilidad especificada en los artículos 1 y 2 del Decreto de 16 de julio de 1935, según la calificación que le atribuye el de 19 de febrero de 1971, como ya declaró la sentencia de 9 de octubre de 1981, e incluso cabría acudir al procedimiento análogo autorizado por el artículo 4, párrafo 1.º, del Título Preliminar del Código civil, es manifiesto que tal posibilidad, encaminada a reforzar la posición del comitente y la del comprador, no puede ofrecer pretexto para que oponga un óbice procesal quien ha sido justamente interpelado en su triple cometido de promotor, contratista y vendedor de los pisos, en suma verdadero *factotum* de la obra, al que no es permitido escudarse en las supuestas responsabilidades de los técnicos cuando se trate de deficiencias imputables a su voluntaria desviación del proyecto, obviamente para lograr un mayor lucro.

Recurso de casación por infracción de ley.—El precepto invocado, como de naturaleza estrictamente procesal que es, no puede servir de fundamento a un recurso de casación por infracción de ley. (Sentencia de 23 de febrero de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—En los pisos vendidos se observaron determinados defectos de construcción, por lo que los propietarios demandaron al promotor y a los técnicos que intervinieron en la obra para que los subsanasen.

El Juez de Primera Instancia condenó solidariamente a los demandados a la subsanación de los defectos. La Audiencia Territorial excluyó de responsabilidad a los técnicos. No prospera el recurso de casación interpuesto por el promotor.

NOTA.—Esta sentencia tiene un notable interés por diversas razones:

A) En primer lugar, observamos que se establece la responsabilidad del promotor que ha vendido pisos defectuosamente construidos con arreglo a las normas generales de la responsabilidad negocial. Pero nuestro Tribunal Supremo no justifica esta solución tanto en la compatibilidad de las acciones edilicias con las generales de responsabilidad negocial, lo cual ha afirmado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias (Sentencias de 28 de noviembre de 1970, 30 de noviembre de 1972, 3 de febrero de 1975, 28 de enero de 1980, 8 de febrero de 1982, 18 de febrero de 1982, entre otras), como en la doctrina de la Sentencia de 3 de octubre de 1979, que comentamos en este ANUARIO (1980), I, pp. 194-223). En la misma se afirma que en el campo del contrato de obra y con referencia al caso de ejecución defectuosa por no ajustada a la pericial profesional exigible, es claro que tal hipótesis (la de la sentencia que anotamos ahora), no prevista en la parca regulación del Código civil para evento distinto del artículo 1.591, determinará la consiguiente responsabilidad del contratista de acuerdo con los principios generales de la responsabilidad contractual. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 20 de febrero de 1981, que también anotamos en este ANUARIO (1981, IV, pp. 1102-1104).

En el comentario a la Sentencia de 3 de octubre de 1979 hemos puesto de relieve lo acertado de esta solución, considerando inadecuada la aplicación analógica de las normas sobre saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida.

B) Con buen criterio nuestro Tribunal Supremo, al haberse producido la venta de los pisos en construcción, considera que los contratos presentan naturaleza compleja por la concurrencia del *dare* de la copraventa con el *facere* del contrato de obra. En el trabajo *La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos* (en este ANUARIO, 1982, III, pp. 878-926) también hemos considerado acertada esta tesis. Véanse también las interesantes apreciaciones de CADARSO PALAU (*La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, p. 239 ss.) y MORALES MORENO (*El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa*, en este ANUARIO, 1982, III, p. 653 ss.) en torno a la responsabilidad del promotor-vendedor.

C) Al condenarse exclusivamente al promotor, en esta sentencia se afirma el sistema de responsabilidad privativa, que aparece claramente formulado en el artículo 1.591 del Código civil. Nótese que nuestro Tribunal Supremo sólo ha afirmado la responsabilidad solidaria de los profesionales de la construcción cuando no es posible la individualización de los comportamientos dañosos y el hecho dañoso proviene de una acción conjunta de los que han intervenido en la obra (Sentencias de 9 de octubre de 1981, que anotamos en este Anuario, 1982, I, pp. 259-261 y 8 de febrero de 1982, que también anotamos en este ANUARIO, 1982, III, pp. 945-947).

D) Finalmente, nos parecen plenamente convincentes las consideraciones del Tribunal Supremo en torno a la posible responsabilidad del aparejador o arquitecto técnico. Véase nuestra anotación a la sentencia de 9 de octubre de 1981 en este ANUARIO (1982, I, pp. 259-261).

24. *Determinación del verdadero comitente. Apariencia y buena fe.*—En el caso debatido los organismos jurisdiccionales de una y otra instancia no desconocen el alcance de tales antecedentes documentales en punto a la personalidad independiente que a ambas sociedades les confiere el cumplimiento de los requisitos de su constitución con arreglo al artículo 6 de la Ley de 17 de julio de 1951, sino que sin olvidar que las dos entidades son en el terreno de los principios distintos sujetos de derecho, entiende con todo fundamento que ambas, en íntima relación, actuaron frente al otro sujeto del negocio como si sólo de I. V. se tratara, provocando una apariencia que en modo alguno puede favorecer a la parte que pretende ampararse en la confusión creada, actitud incompatible con los postulados de la buena fe proclamados en el artículo 7 del Código civil y en la regla de hermenéutica que impone la interpretación *contra preferentes* a tenor del artículo 1.288, excluyendo toda valoración del comportamiento en la ejecución contractual reñida con esa pauta de la *bona fides*.

Obra a satisfacción del propietario.—La aplicación del artículo 1.598 del Código civil requiere como elemento ineludible, como se infiere de su sentido literal, de la redacción de la Ley 24, título 2, libro 19 del Digesto que le sirve de antecedente («*si in lige locationis comprehensum sit, ut arbitratur domini opus approbatur*»), y de la interpretación dada por la jurisprudencia al mismo (Sentencias de 26 de noviembre de 1956, 23 de noviembre de 1964 y 17 de marzo de 1975), el pacto específico de las partes conviniendo expresamente que la obra ha de hacerse a satisfacción del propietario, cláusula primordial en cuanto a cuya existencia nada se indicó en la fase de alegaciones y tampoco en el recurso se concreta que pasaje de la documentación aportada la contiene.

Arbitrio del propietario. Artículo 1.598 del Código civil.—Ha de ser justo, como expresaba el texto clásico *ac si viri boni arbitrum coprehensum fuisset*.

Recepción de la obra sin protesta.—La impugnación ha de ser desestimada porque la inmobiliaria demandada recibió sin protesta la obra realizada y atendió al pago de las facturas libradas por la empresa contratista. (Sentencia de 22 de diciembre de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de obra para la colocación de diversas unidades de carpintería interior en un bloque de edificios. Realizados los trabajos encargados, la sociedad comitente no pagó el precio acordado. Por este motivo el contratista interpuso demanda sobre reclamación de cantidad.

El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda y condenó a la sociedad demandada a pagar al actor una determinada cantidad de dinero. La Audiencia Territorial estimó el recurso de apelación, aumentando la cuantía de la suma fijada en la anterior instancia. No prospera el recurso de casación interpuesto por la sociedad demandada alegando que ella no intervino en el contrato de obra sino otra sociedad perteneciente al mismo grupo.

NOTA.—Con buen criterio nuestro Tribunal Supremo protege al contratista acudiendo a los criterios de la apariencia creada y la buena fe. Parece, además, que en el fondo del caso late el problema de que estamos ante sociedades de interna comunicación. Se afirma en la sentencia la íntima relación de ambas sociedades.

De notable interés son las afirmaciones del Tribunal Supremo en torno al artículo 1.598 del Código civil. Es indudable la necesidad del pacto de las partes para que el mismo pueda aplicarse y el arbitrio del propietario ha de ser justo. En este sentido se pronuncian numerosas sentencias del Tribunal Supremo, citadas en la que anotamos, y la doctrina (cfr. DÍEZ-PICAZO, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1957, p. 15 ss.; GULLÓN, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial*, Madrid, 1972, p. 270 ss.; SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de obra. Su cumplimiento*, Madrid, 1978 p. 58 ss.).

Debemos decir también que si el comitente ha recibido la obra sin protesta y dado su conformidad, parece claro que no puede posteriormente invocarse la aplicación del artículo 1.598 del Código civil, como ha afirmado el propio Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de diciembre de 1981, que anotamos en este ANUARIO (1982, III, pp. 950-952). Esto no ha de impedir, desde luego, que el comitente pueda ejercitar las acciones pertinentes si el edificio construido presenta vicios que eran ocultos al producirse la recepción de la obra tal como hemos señalado en nuestro trabajo, *La recepción de la obra* (en este ANUARIO, 1978, II, pp. 302-306) y en la anotación a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1983, en este fascículo del ANUARIO.

A. C. S.

25. *Sociedad civil. Criterios para el reparto de ganancias.*—En la sociedad, las pérdidas y ganancias se repartirán en conformidad a lo pactado entre los cuatro socios; de modo que, llegado el momento de disolución, las ganancias partibles han de concretarse en razón a la diferencia existente entre el real coste de la obra ejecutada y el precio que, como valor en venta, sea atribuible a la misma, y no el beneficio industrial o beneficio derivado sólo de la construcción en el contrato de ejecución de obra, que se refiere a un supuesto fáctico distinto del presente al que son aplicables las normas del contrato de sociedad. (Sentencia de 29 de enero de 1983; ha lugar.)

26. *Préstamo. Solicitud de nulidad. Aquietamiento.*—El Tribunal Supremo acepta la tesis de la demandada en el sentido de que el juzgador no podía adoptar una resolución confirmatoria de la nulidad del contrato instada por aquellos que en aquella fecha se habían avenido ya al cumplimiento del mismo en su totalidad (Sentencias 12 junio 1918 y 14 julio 1928). (Sentencia de 2 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Los actores habían recibido un préstamo de la Sociedad demandada, impagando algunas de las letras libradas para su devolución, lo que motivó que la demandada iniciara en su día juicio ejecutivo contra los hoy actores, que pagaron entonces la cantidad reclamada.

Los actores solicitaban la declaración de nulidad del préstamo por usura. El Juzgado desestimó la demanda; la Audiencia confirmó la Sentencia y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso.

27. *Recurso en ejecución de sentencia. Daños y perjuicios causados al arrendatario. Falta de reconstrucción del inmueble. «Quantum» indemniza-*

torio.—En la sentencia definitiva objeto de ejecución se fija un único módulo de carácter fáctico-pecuniario, consistente en fijar el alquiler de un local y vivienda similares a las que ocupaba el actor, para, de la suma así obtenida, deducir la renta anual que venía satisfaciendo el actor, obteniendo el *quantum indemnizatorio*; pero el auto recurrido, si bien parte del referido módulo, agrega a la suma obtenida el importe de su capitalización, dando lugar a una suma que no solamente excede del tope marcado por el actor, sino de la competencia objetiva establecida en la LEC para el juicio utilizado. (Sentencia de 11 de febrero de 1983; ha lugar.)

28. *Civil. Responsabilidad por daños. Auto ejecutivo. Prescripción comienzo del cómputo.*—Como tiene establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias de 22 de octubre de 1981 y 5 y 23 de noviembre de 1981 y 8 y 20 de marzo de 1982, aun siendo dos las acciones que de un mismo suceso dañoso pueden derivarse, la ejecutiva contra el asegurador (T. R. Ley sobre uso y circulación de vehículos de motor de 21 de marzo de 1968) y la ordinaria que se apoya en la normativa de la culpa extracontractual (artículo 1.902 y siguientes del Código civil), siendo su origen y fundamento el mismo, ello puede originar que los dos procesos se interfieran de seguirse simultáneamente, aunque por separado, al poder suscitarse en cualquiera de los dos la cuestión de la culpa exclusiva de la víctima con la consiguiente posibilidad de decisiones contradictorias, por lo que al haber de entenderse que el ejercicio de la acción ejecutiva impide el de la ordinaria a los efectos de la iniciación del cómputo del plazo de prescripción de ésta según el artículo 1.669 del Código civil, es visto que se dio la interrupción del trato temporal de la prescripción de la acción aquiliana de naturaleza ordinaria en supuestos como el de la presente litis, en que se ejercitan en un mismo proceso, acumulándolas, la acción contra el asegurador y uno de los supuestos responsables directos en la causación del evento dañoso, cuando menos desde que se dictó el auto del artículo 10 del T. R. de la Ley sobre uso y circulación de vehículos de motor (ya que las diligencias para la expedición del título ejecutivo determinando la cantidad líquida máxima que puede reclamarse como indemnización de daños y perjuicios sufridos por el perjudicado amparados en el seguro obligatorio se sustentan en el procedimiento penal) constituyendo el auto que se dicta como consecuencia de tales diligencias el punto de partida para el cómputo del plazo de prescripción de las acciones civiles ejercitadas (Sentencia 31 de octubre de 1981), dado, además, que es el auto ejecutivo el que facilitará al interesado los datos para que pueda optar por afrontar la vía ejecutiva o la ordinaria, o bien compatibilizar ambas, la segunda en forma subsidiaria por la diferencia, hasta obtener el resarcimiento en el módulo cuantitativo que crea adecuado (Sentencia 5 de noviembre de 1981). (Sentencia de 13 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Se trataba de un accidente de circulación sufrido por un vehículo a motor al atravesar un paso a nivel abriendo colisionando con un tren que circulaba por la vía férrea.

La RENFE y la Compañía aseguradora alegaban que había transcurrido con exceso el plazo de un año para el ejercicio de la acción contado desde la fecha del sobreseimiento de las actuaciones en la vía penal.

El Juzgado y la Audiencia aceptaron la demanda de los perjudicados y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

29. *Culpa extracontractual. Daños causados por camión en local arrendado. Derribo del edificio por orden del Ayuntamiento. Imposibilidad de reedificar según Ley del Suelo. Cuantía de los daños. Ruptura del nexo causal.*—La aplicación del artículo 1.902 C. c. requiere la existencia de una relación causal, concepto puente entre el supuesto puramente fáctico del daño y el juicio de valor proyectado sobre la conducta de quien lo produjo, nexo que ha quedado interrumpido o roto en el presente caso, pues ni el derribo del edificio es consecuencia del golpe, sino que fue ordenado por el Ayuntamiento, ni la imposibilidad de redificación lo es sino resultado de normas y actos administrativos, que por no ser normalmente previsibles desbordan el área de la responsabilidad por culpa. (Sentencia de 28 de febrero de 1983; no ha lugar.)

30. *Acción de reembolso. Responsabilidad por accidente. Reclamación al titular real de la empresa que actuó por testafarro.*—Se declara probado que la titularidad verdadera de la empresa correspondía a doña Angeles J. B. y a don Joaquín F. C., siendo incuestionable la procedencia de la acción de reembolso ejercitada, pues la sentencia condenatoria recaída en la jurisdicción laboral contra el patrono aparente del obrero accidentado no constituye ostáculo alguno para que en el adecuado juicio declarativo, con toda la amplitud de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, se demuestre la ficción urdida y la consiguiente titularidad efectiva de los cónyuges demandados, cuya condena al reembolso es obligada en cuanto sujetos constreñidos verdaderamente al pago por su condición de auténticos propietarios del establecimiento industrial, quienes en otro caso obtendrían un enriquecimiento indebido a costa del patrimonio ajeno.

Error de hecho. Documento auténtico.—La certificación acreditativa de afiliación en la seguridad social del obrero accidentado no constituye documento auténtico en casación, pues tales constancias formales no tienen más alcance que el de ser velo de una ficción que la Sala de Instancia levanta, desvaneciendo la cobertura engañosa con los medios de conocimiento minuciosamente analizados, y es de todo punto inadmisibles incurrir en la petición de principio de argumentar que las altas a efectos laborales o fiscales, comportan una evidencia indiscutible, cuando cabalmente de lo que trata es de averiguar si los demandados han desarrollado sus actividades empresariales valiéndose de testafarro, con interposición ficticia o simulada para crear una mera apariencia, que resulta destruida una vez descubierta la realidad que se hallaba oculta.

Prueba testifical. Valoración.—La apreciación de la prueba de testigos la efectúa el organismo jurisdiccional discrecionalmente, como corresponde a un sistema de libertad en la materia y no de prueba legal o tasada, ya que derogadas por el artículo 659 L. e. c. las Leyes de Partida sobre la prueba testifical, ni este precepto ni el artículo 1.248 C. c. constituyen norma alguna valorativa de prueba de obligada observancia, dado que las reglas de la sana crítica, simples máximas de experiencia, no han sido codificadas, y el artículo 1.248 no contiene un mandato imperativo sino una mera exhortación o admonición a los Jueces y Tribunales, excluyente de toda posibilidad de acudir con su base al recurso de casación, según reiteradísima jurisprudencia. (Sentencia de 1.º de diciembre de 1982; no ha lugar.)

31. *Culpa extracontractual. Daños por incendio. Acción ejercitada por compañía aseguradora. Doctrina general sobre evolución de la jurisprudencia hacia soluciones cuasi-objetivas.*—Según reiterada jurisprudencia de esta Sala contenida, entre otras, en Sentencia de 31 de marzo de 1978, la responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana, aunque basada originariamente en el elemento subjetivo de la culpabilidad, ha ido evolucionando en la doctrina jurisprudencial hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicólogo y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi-objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y el principio de que ha de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido por la actividad peligrosa, criterio exegético que al presente se vigoriza a la vista del artículo 3.º.1. C. c. en cuanto introduce «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» como elemento interpretativo de las normas; por ello esta Sala ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista, ora por el cauce de la inversión o atenuación de la carga probatoria, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable a no ser que el agente demuestre haber procedido en la diligencia debida según las circunstancias de lugar y tiempo, demostración que no se logrará con el mero cumplimiento de las disposiciones reglamentarias, ora exigiendo una diligencia específica más alta que la administrativamente reglamentada, entendiendo que la simple observancia de tales disposiciones no basta para exonerar de responsabilidad cuando las garantías para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han dado resultado positivo, revelando la ineficacia al fin perseguido y la insuficiencia del cuidado prestado.

Responsabilidad por riesgo. Desplazamiento de la carga de la prueba.—No demostrado que el resultado dañoso se debiere a caso fortuito o fuerza mayor, es manifiesto que debe atribuirse a culpa de la entidad demandada, pues la realidad puso en evidencia que las disposiciones y medidas adoptadas para prever y evitar el daño producido por el incendio resultaron insuficientes y que no se hallaba completa la diligencia exigible atendidas las circunstancias concurrentes y, sobre todo, la facilidad de combustión de los géneros almacenados, pues la progresiva doctrina jurisprudencial citada im-

pide, en casos como el presente, aplicar el sistema subjetivista por operarse un desplazamiento de la prueba que impone al creador del riesgo la demostración de su diligencia, o de la existencia del caso fortuito o la fuerza mayor. (Sentencia de 20 de diciembre de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—No hay duda que el T. S. ha sentado la doctrina aquí extractada en suficiente número de casos para que pueda considerarse reiterada y consolidada, sirviendo en este caso para estimar el recurso de casación dando lugar a la acción subrogatoria ejercitada por una compañía de seguros contra la entidad en cuyas instalaciones se produjo un incendio que ocasionó los daños indemnizados por aquélla a la asegurada, y cuya causa no se ha precisado; siendo de observar que la demanda había sido rechazada en ambas instancias. La dificultad radica en precisar y saber con antelación el ámbito de aplicación de tal doctrina cuasi-objetiva, ya que el T. S. se ha reservado el establecerlo soberanamente. No hay, por tanto, contradicción con fallos muy recientes del mismo T. S. en que tal doctrina ha dejado de aplicarse sino diversidad de supuestos de hecho. En el presente caso se trataba de un incendio en una nave industrial que almacenaba material altamente inflamables, y que colindaba con otras instalaciones industriales a las que fácilmente podía aquél propagarse. La responsabilidad por riesgo parece clara. Con todo, acaso haya que revisar los postulados de tal doctrina jurisprudencial a la luz del principio constitucional de presunción de inocencia, cuyo alcance ha declarado el Tribunal constitucional que desborda lo penal para inspirar otras ramas del ordenamiento jurídico (Sentencia 1 abril 1982). De estimarse plenamente aplicable al ámbito del derecho de daños o de responsabilidad civil, no parece *prima facie* fácilmente conciliable con la presunción de culpa y el desplazamiento de la carga de la prueba que forman parte de la doctrina jurisprudencial aquí aplicada.

G. G. C.

32. *Culpa extracontractual. Lesiones de operario por defectuoso manejo de grúa. Cuestión de hecho y de derecho a efectos de casación.*—A efectos de casación en pleitos seguidos sobre culpa extracontractual es necesario distinguir la cuestión de hecho referida a la propia existencia del daño o perjuicio que la genera y a la realidad de la acción u omisión que se imputa al demandado, y el problema de derecho que, partiendo de aquellos elementos fácticos se enfrenta con la calificación jurídica, como determinante de la imputabilidad por razón de culpa o negligencia; y mientras la primera sólo puede ser traída a casación por el cauce del núm. 7 del artículo 1.692 LEC, la segunda pone en juego, unas veces la aplicación de normas jurídicas, y otras, en las que se precisa un juicio o comparación de ideas para establecer la delación de causa a efecto, ha de acudir, como normas lógicas de presunción a las reglas del criterio humano.

Calificación de la culpa.—Para calificar de culposa una conducta no sólo ha de atenerse a la diligencia exigible según las circunstancias de personas, tiempo y lugar, sino, además, al sector del tráfico o de la vida social en que la conducta se proyecte y determinar si el agente obró con el cuidado,

atención o perseverancia exigibles y con la reflexión necesarias con vistas a evitar el perjuicio de bienes ajenos jurídicamente protegidos, contemplando no sólo el aspecto individual de la conducta humana, sino también su sentido social, determinado por la función de esta conducta en la vida en común (Sentencia de 23 marzo 1982); en el presente caso, el trabajador que manejaba la grúa era perfecto conocedor de las características del aparato, y tenía que ser necesariamente previsible para él la peligrosidad que suponía para el operario situado en el extremo de la pluma, el alargamiento de ésta, siendo obvio que no adoptó las prevenciones necesarias para evitar el daño consistente en la amputación de los dedos de un pie. (Sentencia de 7 de febrero de 1983; no ha lugar.)

33. *Culpa extracontractual. Muerte por accidente de obrero portuario. Responsabilidad de la empresa descargadora. Culpa «in vigilando».*—Si bien la Ordenanza del Trabajo para estibadores portuarios de 29 marzo 1974 establece que todos los que realicen trabajos en los puertos deberán estar inscritos en la Organización de Trabajos Portuarios, a la que acudirán las empresas para contratar personal, lo que eliminaría la responsabilidad «in eligendo», pero sigue en pie el deber de vigilancia que no alcanza, o no se refiere, a la capacitación o aptitud laboral previa, sino al correlativo deber como empresario, permanente o temporal, una vez que el obrero ejecuta su relación de trabajo, y que en el presente caso se comparte con otras entidades.

Responsabilidad de la Junta de Obras del Puerto y de la Organización de Obreros Portuarios.—Aunque no se da una relación formal de dependencia entre la empresa estibadora y los organismos públicos recurrentes, es lo cierto que tanto la Junta de Obras del Puerto, propietaria de la grúa, como la Organización de Obreros Portuarios, no están totalmente desligados en cuanto a la vigilancia y control de las operaciones portuarias, y de modo especial la segunda, en lo tocante a la selección de los trabajadores que las empresas han de contratar con su mediación, circunstancia ésta integradora de responsabilidad «in eligendo», permitiendo concluir que se da una relación de dependencia, más o menos extensa o intensa, entre las indicadas entidades públicas recurrentes.

Congruencia.—No hay exceso en la concesión de lo pedido al condenar solidariamente a los diversos implicados, mientras que el suplico de la demanda no lo pedía en esa forma, pues es reiterada la doctrina de que la acomodación del fallo al *petitum* no ha de ser literal, sino sustancial, y también lo es la doctrina según la cual es solidaria la responsabilidad contractual en el supuesto de concurrencia de varios responsables con participación no especificada, o no susceptible de cualificación y cuantificación. (Sentencia de 28 de febrero de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—A consecuencia de la muerte de un obrero portuario en accidente, mientras cargaba mercancías en un barco, su viuda, por sí y en

nombre de sus cuatro hijos menores, entabla acción resarcitoria con base en los artículos 1.902 y 1.903 C. c., contra los otros operarios (gruista y ayudantes), contra la empresa descargadora, contra la Junta de Obras del Puerto (dueña de la grúa y servicios) y contra la Sección de Trabajos Portuarios. La sentencia de la A. T. declara la existencia de culpa en el gruista y sus colaboradores, y negligencia concomitante, bien *in vigilando*, bien *in eligendo*, en las empresas y organismos públicos citados; indicándose para los autores materiales las causas mecánicas y personales del accidente (rotura del aparejo de la grúa, de la que cayó la carga sobre el obrero fallecido; falta de atención, amarre incorrecto de los estrobos, carga incorrecta, etc.) y en cuanto a las entidades demandadas, el que no se adoptaron las oportunas y precisas medidas de seguridad, cuidado y vigilancia, sin que se desvirtuara la presunción de culpa.

Interesante sentencia (Pte. de la Vega Benayas) sobre la responsabilidad *ex* artículo 1.903 C. c., en la que se corrigen algunas imprecisiones de la sentencia recurrida, que no afectan al resultado final del recurso. La empresa estibadora carece de libertad en la elección de personal, que necesariamente debe pertenecer a la Sección de Trabajos Portuarios, pero ello no exime de su deber de vigilancia sobre los obreros contratados, deber que comparte con la Junta de Obras del Puerto, propietaria de la grúa y responsable del personal que la maneja, así como con la Organización de Obreros Portuarios, sobre la que incide más directamente la responsabilidad *in eligendo*, aunque sin eliminar la *in vigilando*. Quizá lo más importante de la S. extractada sea la adición que realiza a la doctrina jurisprudencial establecida en SS. de 18 de junio y 5 julio 1979, según la cual no existe relación de dependencia en los contratos de empresa a empresa, en los que cada cual responde con autonomía de los riesgos que cree, salvo que la empresa comitente se hubiera reservado la vigilancia o participación en los trabajos o parte de ellos. Aquí se nos aclara que no existe total independencia y autonomía entre las entidades implicadas, sino una relación material, y legal incluso (Ley de Puertos de 28 enero 1966), que fundamenta la solidaridad. De tener que hacer alguna observación tendría que ser a la lentitud con que se ha llegado a la solución definitiva del caso: ¡Diez años desde la originación del accidente! Lo que produce un desfase en el *quantum* de la indemnización, pues el 1.250.000 pesetas solicitado inicialmente queda reducido por la devaluación.

G. G. C.

34. *Culpa extracontractual. Muerte en accidente laboral. Compatibilidad de las indemnizaciones laborales con las civiles.*—Según reiterada jurisprudencia las indemnizaciones laborales son plenamente compatible con las que correspondan en el ámbito estrictamente civil.

Sobreseimiento libre del proceso penal por razón de indulto. «Dies a quo» del plazo de prescripción.—Según reiterada jurisprudencia, promovido juicio criminal, la fecha a partir de la cual puede iniciarse la acción civil viene objetivamente determinada, en caso de sobreseimiento libre, desde que éste se produjo con firmeza legal, es decir, desde el día que gane fuerza la re-

solución que ponga término, definitiva o provisionalmente, al procedimiento criminal.

Caducidad y prescripción. Diferencias. Doctrina general.—Si bien en nuestro derecho no existe una norma específica que fije la distinción entre las mencionadas instituciones, que responden a la común razón de la presunción de abandono tanto de los derechos como de las acciones que son su consecuencia, tampoco cabe desconocer que se diferencian en que cuando se otorgue un tiempo determinado para su ejercicio se está ante la presencia de un plazo de caducidad pasado el cual el derecho de que se trata ha dejado de existir, debiendo ser tomado en cuenta por el juzgador aun cuando sólo se desprenda su transcurso de los hechos que el actor exprese, mientras que la prescripción hace referencia tan sólo a las pretensiones que las partes puedan deducir, y no a los derechos que les afecten, quedando éstos sólo paralizados, y en aplicación de los principios de audiencia y contradicción, imperantes en nuestro ordenamiento procesal civil, se exige que las excepciones obstativas de manifestación facultativa, cual es la prescripción, sean alegadas en los escritos rectores del proceso, como son la demanda, contestación, réplica, dúplica y reconvencción y contestación a la misma, siendo extemporánea su alegación en otro momento del proceso.

La acción del artículo 1.902 está sujeta a prescripción.—No puede acogerse la pretensión de que el plazo de un año señalado en el artículo 1.968-1.º C. c. para enervar las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia del artículo 1.902 es de caducidad y no de prescripción.

Responsabilidad del empresario. Carácter directo.—La responsabilidad impuesta por el artículo 1.903 C. c. al empresario no es subsidiaria, sino directa, ya que se establece por razón del incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social de vigilar a las personas que están bajo la dependencia de otras, y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en las vigilancias de sus actos, a causa de presunción de culpa «in eligendo» de naturaleza autónoma, distinta e independiente de la por razón de «in operando» del artículo 1.902 C. c.

Incongruencia.—Aunque la responsabilidad del empresario, conforme al artículo 1.903, es directa, no resulta incongruente la sentencia que condena al autor material como responsable directo y al empresario como responsable subsidiario, no causando perjuicio a este último susceptible de casación el que sea reconocido como responsable principal o subsidiario.

Presunción constitucional de inocencia.—La sentencia impugnada no se basa en apreciaciones responsabilizadoras de índole estrictamente penal, configuradoras de delito o falta de tal índole, sino de aspecto estrictamente civil derivado de culpa extracontractual o aquiliana, y, por otra parte, no desconoce ni niega la presunción de inocencia por cuanto el reconocimiento judicial de responsabilidad es consecuencia de un procedimiento sometido

a las reglas legalmente establecidas al respecto, que no alteran aquel principio, sino que lo respetan en su integridad. (Sentencia de 28 de enero de 1983; no ha lugar.)

El tema de las relaciones entre la caducidad y la prescripción está precisado de una solución legislativa, aunque la reiterada jurisprudencia recaída permite establecer una línea divisoria bastante clara. En realidad el único apoyo para calificar como de caducidad el plazo de un año del artículo 1.968, 1.º, es el meramente extrínseco de su brevedad o cortedad; pero ello, aparte su carácter indiciario (hay autores que sostienen ser de caducidad los plazos de las acciones rescisorias y de anulabilidad de los contratos), nada dice sobre su efectivo funcionamiento procesal, y, en este punto, la Sala Primera ha presupuesto siempre su carácter prescriptorio.

Menos convincente resulta la argumentación empleada en el antepenúltimo considerando para sostener que la sentencia recurrida respeta el artículo 24 de la Constitución en relación con la presunción de inocencia. En primer lugar el propio Tribunal Constitucional ha declarado que dicha presunción se aplica fuera del ámbito penal; en segundo lugar no basta decir que se acata la presunción de inocencia cuando se sigue un procedimiento legalmente establecido, sino que el tema central es el siguiente: Si el artículo 1.903 C. c., como declara esta sentencia, se basa en una presunción de culpa *in vigilando*, ¿no parece la misma contradictoria con el artículo 24 C. E.? Una respuesta afirmativa tendría incalculables consecuencias en la jurisprudencia «progresiva» de la Sala Primera en relación con la responsabilidad civil por daños. Véanse también observaciones a la Sentencia de 20 de diciembre de 1982 en este mismo ANUARIO.

G. G. C.

35. *Responsabilidad civil derivada de falta de imprudencia simple. Muerte en atropello. Agotamiento de la acción civil. Doctrina general.*—Solamente en los casos de extinción de la acción penal por no poder declararse un hecho delictivo (absolución, sobreseimiento, muerte o rebeldía, indulto) queda expedita la jurisdicción de los Tribunales civiles, según se deduce de la doctrina jurisprudencial contenida, entre otras, en Sentencias de 9 de febrero de 1961, 12 de mayo de 1981, 14 de diciembre de 1961 y 20 de marzo de 1975, pues en otro caso quedan definitivamente resueltas las responsabilidades civiles derivadas de infracción penal, ya que la competencia de los Tribunales penales para conocer de la acción civil derivada de hecho punible, aunque al mismo tiempo sea ilícito civil, excluye sobre todo en supuesto de sentencia condenatoria en la que se resuelve sobre la acción civil, la competencia de los Tribunales de este orden, porque entonces la acción civil ha quedado consumida o agotada (Sentencias de 15 de febrero de 1966, 25 de marzo de 1967), sin que posteriormente pueda pretenderse desplazar el supuesto litigioso dimanante de infracción penal a la normativa civil de los actos ilícitos no penados por la ley. (Sentencia de 10 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

36. *Culpa extracontractual. Muerte en accidente. Daños morales. Seguro voluntario de responsabilidad civil ilimitada. Falta de prueba de la exclusión del copropietario del automóvil.*—No se ha probado la alegación de la existencia de una cláusula contractual excluidora del copropietario del auto-

móvil, como tercero garantizado por la póliza, pues el impreso aportado no está suscrito por nadie, ni incorporado a la póliza del seguro, y, por otra parte, el contrato de seguro fue suscrito en octubre de 1972, con mucha anterioridad a la Orden del Ministerio de Hacienda del 31 de marzo de 1977, a que responde dicho impreso.

Cuantía de la indemnización.—En el presente caso no ha entrado en juego para fijar la cuantía de la indemnización, la exclusión que, a efectos indemnizatorios, hace del asegurado el artículo 3.º del Texto Refundido de 1968, porque no se trata de la acción ejecutiva nacida del seguro obligatorio, sino de la ordinaria del artículo 1.902 C. c., acciones ambas compatibles, como se deduce del artículo 4.º de aquél, según Sentencias de 1.º y 20 de marzo de 1982. (Sentencia de 20 de octubre de 1982; no ha lugar.)

37. *Culpa extracontractual. Invalidez total y permanente causada por descarga de corriente eléctrica de alta tensión. Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario.*—No es lícito imponer un proceso inútil a personas totalmente ajenas a la relación de causalidad, como ocurre con la empresa subcontratante de mantenimiento, que no ha tenido parte alguna en la originación del accidente. (Sentencia de 6 de octubre de 1982; No ha lugar.)

38. *Culpa extracontractual. Daños en buque por cajón de hormigón, hundido y no balizado. Irresponsabilidad por no realizar el transporte del cajón.* La empresa D. y C., S. A., a quien originariamente pertenecía el cajón de hormigón, ha de quedar eliminada del campo de los hechos decisivos y determinantes de responsabilidad, tanto por no realizar el transporte propiamente dicho —sólo la extracción del bloque de hormigón de la dársena—, ni intervenir en la operación de depositarlo fuera del puerto, como por no tener deber alguno de dar cuenta a la Comandancia de Marina del balizamiento del lugar de inmersión del bloque.

Consortio de la zona franca. Responsabilidad por omisión.—Si bien la Ley de Puertos de 16 enero 1928 y el Decreto de 4 julio 1947 crearon las Direcciones Facultativas (a cargo de Ingenieros) de los Puertos de las Zonas Francas, direcciones que se integraban en los respectivos Consorcios como Vocales, después el Decreto de 26 julio 1957 las suprimió, ordenando que sus funciones fueran encomendadas a direcciones facultativas de los Puertos comerciales de las respectivas ciudades, si bien formando parte de los Consorcios como Vocales del Estado, y sustituidos en su caso por los Ingenieros Auxiliares de las direcciones facultativas afectos a los servicios del puerto franco; en el presente caso fue el ingeniero auxiliar del Puerto de Cádiz y del de su zona franca, integrado como vocal en el Consorcio, el que dio la orden de traslado del cajón de hormigón, y que fue el Consorcio el que realizó, con el auxilio parcial de la empresa D. y C., S. A., la operación de ese traslado y balizamiento del lugar marítimo donde por accidente se hundió aquel cajón, debiendo añadirse que el Consorcio no sólo atendía a los gastos de conservación del puerto para facilitar su navegabilidad,

sino que abonó también los de señalización —aunque luego resultó insuficiente—, asumiendo la tarea y los gastos de la operación originadora de los daños y perjuicios causados al barco; en definitiva, no se trataba de determinar quien tuviera la jurisdicción sobre el puerto, sino la de establecer la responsabilidad de una acción y omisión concreta—traslado y balizamiento—, y como esto lo efectuó el Consorcio, resulta irrelevante invocar la posible infracción de una norma administrativa (artículo 6.º del Decreto de 26 de julio de 1957).

Concurrencia de culpas.—La Sala de Instancia sienta que fue la conducta del capitán del buque y del práctico del puerto, al conducir el barco por aquel lugar sin guardar la debida cautela, la concausa del daño que aquél sufrió al tocar su casco con el cajón del hormigón hundido en el mar e indebidamente señalado.

Aplicación de oficio.—Los juzgadores de instancia aplicaron, como la jurisprudencia autoriza (Sentencias 14 mayo 1920, 6 febrero 1958, 18 mayo 1963, 5 junio 1968, etc.) la compensación de culpas y su traducción económica, aun sin instancia de parte (Sentencias de 6 febrero 1958, 25 marzo 1980, etc.).

Contradicción en el fallo.—Equivale a incompatibilidad notoria, imposibilidad de coexistencia de términos, posibilidad de dudas racionales y, en su caso, a imposibilidad de ejecución.

El error material no da lugar a casación.—El error material y aritmético es salvable por corrección (artículo 1.266, *in fine*, C. c., por analogía), habiendo declarado la jurisprudencia reiteradamente que no puede ser motivo de un recurso y que puede ser subsanable en ejecución (Sentencias 3 abril 1965, 18 diciembre 1965 y 20 junio 1967). (Sentencia de 18 de octubre de 1982; ha lugar.)

39. *Culpa extracontractual. Daños por excavadora en instalaciones subterráneas de la Compañía Telefónica. Diligencia debida.*—Demostrado que los demandados, antes de iniciar la excavación de la zanja que dio lugar a la avería del cable telefónico, solicitaron del Ayuntamiento de la localidad, por cuya cuenta trabajaban, exhibición de los planos de las conducciones que pudiera haber de los servicios de agua, alcantarillado, electricidad, teléfono y otros, a lo que se les contestó que no existían planos de instalaciones telefónicas en el mismo, acomodaron su actuación a la diligencia exigible a un buen padre de familia, atendidas las circunstancias concurrentes a que se refiere el artículo 1.104 C. c.

Presunciones.—Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala según la cual la infracción del artículo 1.249 C. c. ha de acusarse por la vía del número 7.º del artículo 1.692 LEC, en tanto ha de estar ordenada a la demostración de que no está completamente acreditado el «hecho» de que la presunción

se deduce, mientras que la vulneración del artículo 1.253 C. c. es exigencia de la doctrina legal sea denunciada por el cauce del número 1.º del citado precepto procesal.

Prueba de la negligencia.—No se ha acreditado que los «registros» o «cámaras registros» que podían acusar la existencia de cables telefónicos instalados en el subsuelo de la calle en que se efectuaban las obras, y que existían cuando se hizo el reconocimiento judicial, fueran visibles fácilmente dos años antes cuando se hicieron las obras. (Sentencia de 28 de febrero de 1983; no ha lugar.)

Si se compara la doctrina sentada en esta sentencia con la recaída en la de 20 diciembre 1982 (referente a un supuesto análogo de culpa extracontractual: en esta última daños por incendio; en la aquí extractada daños causados por excavadora en línea telefónica) se observa un desigual tratamiento de la culpa extracontractual, pues en el primer caso la prueba de la diligencia normal del causante del daño le exime de responsabilidad, mientras que al segundo se le aplica la progresiva doctrina jurisprudencial de la responsabilidad cuasi objetiva, no bastando con haber observado una conducta diligente en el cumplimiento de las medidas administrativas. Más aún, si profundizamos en el supuesto de hecho de la Sentencia de 28 febrero 1983, podríamos opinar que la prueba de la diligencia se ha hecho benévolamente. ¿Es suficiente con que el Ayuntamiento diga al causante de los daños que no constan planos en las posibles conducciones de servicios subterráneos para actuar con tranquilidad? ¿No podía haber comprobado con la Guía Telefónica la existencia de teléfonos en la calle de las obras? ¿No podía haber ampliado la información por otros medios? ¿No es notorio el deficiente funcionamiento de los servicios municipales en la mayoría de los pueblos? En último término queda la soberana facultad del T. S. para considerar graves socialmente los daños que se ocasionan por incendio, y de menor entidad los causados por máquinas excavadoras en las conducciones subterráneas; apreciación fáctica que puede no ser compartida.

G. G. C.

40. *Culpa extracontractual. Daños causados por obras del Ayuntamiento en vía pública. Competencia de la jurisdicción civil.*—La competencia es de la jurisdicción ordinaria, porque el resultado dañoso no es consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público, sino de la realización de obras, llevadas a cabo con omisión de la necesaria diligencia que su ejecución requería, generando unos resultados dañosos en la casa de los recurridos, de índole estrictamente civil y productora de la responsabilidad extracontractual, con base en los artículos 1.902 y 1.903 C. c., a cargo del Ayuntamiento, por la actuación irregular de sus subordinados.

Relación de causalidad.—Existe enlace preciso y directo entre el hecho de rellenar de tierra la parte de vía pública que colinda con la fachada de una casa y no prever que al mojarse la tierra del relleno como consecuencia de lluvias causara humedad y daños en la pared del inmueble que venía a servir de contención a tal relleno, no pudiendo reputarse que las lluvias previsibles signifiquen intervención de causa ajena que impida calificar la actuación del Ayuntamiento como causante del evento dañoso.

Contradicción del fallo.—Es reiterada la jurisprudencia en el sentido de que la contradicción ha de resultar de los términos mismos del fallo entre sí y no entre los hechos aceptados por la sentencia y el fallo. (Sentencia de 9 de marzo de 1983; no ha lugar.)

41. *Culpa extracontractual. Muerte en accidente de circulación. Acción ejecutiva y acción ordinaria. Nulidad del título ejecutivo. Doctrina jurisprudencial sobre la prejudicialidad de la acción ejecutiva.*—La jurisprudencia de esta Sala, aun reconociendo las diferencias que separan ambas acciones, ha proclamado la posibilidad del ejercicio anticipado de la acción ejecutiva, en relación a la declarativa, lo que supone además la virtualidad que se atribuye al ejercicio de aquélla para interrumpir el plazo de prescripción de ésta, con la consecuencia de una posible prejudicialidad de la acción nacida del contrato de seguro obligatorio sobre la ordinaria, y de aquí la necesidad *ad cautelam* para el perjudicado de ejercitar antes la acción especial, a partir de la cual podrá actuarse la ordinaria en el plazo legal establecido (Sentencias de 17 diciembre 1979 y 14 octubre 1980), abundando en dicha doctrina la Sentencia de 1.º marzo 1982, que ha establecido una perfecta diferenciación entre ambas clases de acciones.

«*Dies a quo de la acción ordinaria.*».—Ejercitada en su día la acción ejecutiva especial, con resultado negativo, toda vez que el Tribunal de Apelación declaró por sentencia firme la nulidad de los títulos ejecutivos, a partir de tal día se inició el cómputo del plazo de prescripción de la acción ordinaria.

Prescripción extintiva. Interpretación restrictiva. Interés social de asegurar la reparación del daño causado.—La finalidad que orienta la prescripción extintiva que, radicando en la precisión de una seguridad jurídica, y con base en la presunción de abandono que por parte del titular representa la falta de ejercicio de un derecho o acción durante un dilatado período de tiempo, no sólo resulta inaplicable en los supuestos en que se ha operado una actividad judicial o incluso extrajudicial, como reconoce el artículo 1.973 C. c., sino que debe ceder en aquellos casos en los que la Ley, en aras del interés social que prevé la necesidad de garantizar que los daños personales causados como consecuencia de la circulación de vehículos de motor sean puntualmente reparados, arbitra los medios procesales suplementarios en garantía de tal reparación, y cuya utilización en forma alguna puede constituir una traba para el efectivo logro de la pretensión indemnizatoria, razón por la cual el instituto prescriptorio debe ser objeto en tales supuestos de una interpretación restrictiva, como ya declaró la Sentencia de 17 de diciembre de 1979. (Sentencia de 28 de abril de 1983; no ha lugar.)

42. *Responsabilidad civil de los padres por actos realizados por sus hijos menores. Daños oculares por proyectiles lanzados con tiradores de goma. Falta de prueba del autor material del daño. Responsabilidad colectiva del grupo.*—La circunstancia de que no se haya probado cuál de los hijos me-

nores de los recurrentes fue el causante material de la lesión producida, no obsta a la responsabilidad de los demandados, ya que tanto el C. c. como la Ley de Caza contemplan supuestos en que se declara la responsabilidad de ciertas personas por los daños causados por otras desconocidas, pero pertenecientes a grupos determinados (así, la familia que convive con el responsable, los miembros de la partida de caza, etc.), consecuencia de matiz objetivista que desecha por inequitativo exonerar de responsabilidad por esos daños, con lo que además se orillan las dificultades de prueba atribuyendo la responsabilidad al grupo a que pertenece el desconocido autor de la infracción.

Solidaridad.—La responsabilidad del grupo en estos casos permite fundamentar la solidaridad de los responsables, personalizando la responsabilidad en todos y cada uno de los miembros del grupo a través de sus representantes, que en el caso concreto son los padres de los menores causantes de los daños, habiendo declarado esta Sala tal solidaridad en los casos en que participando varias personas en la causación de los daños a terceros no es posible deslindar la actuación de cada una en el evento dañoso (Sentencias de 20 mayo 1968, 20 febrero 1970, 15 octubre 1976 y 23 octubre 1978, entre otras).

Culpabilidad.—Si bien el requisito de la culpa puede ser revisado en casación al amparo del número 1.º del artículo 1.692 LEC, esta Sala ha de partir de los hechos probados, de los que se deriva inequívocamente en cuanto a los autores materiales de los daños que jugaban en la calle de una manera peligrosa para los propios jugadores y para las personas que pasaran por el lugar, dando lugar con esa negligencia y riesgo que creaban a que el menor lesionado resultara alcanzado por uno de los objetos en el ojo derecho, derivándose así la indudable culpabilidad de los menores repercutible a tenor del artículo 1.903, párrafos 1.º y 2.º, C. c., en sus padres, sin que hayan obtenido la prueba de la diligencia exoneradora que permite el párrafo último de dicho precepto.

Prescripción de la acción. Actuación de los Tribunales Tutelares de Menores.—Según Sentencia de 8 abril 1980, las actuaciones de los Tribunales Tutelares de Menores impiden la iniciación del plazo de prescripción hasta que las mismas concluyan, y la Sentencia de 29 diciembre 1962 declaró que al ser acogido en nuestro ordenamiento en términos claros y categóricos el principio de prevalencia de la jurisdicción penal sobre la civil (artículo 114 LEC), ello se hace sin distinciones y, por tanto, cualquiera que sea la jurisdicción penal, ordinaria o especial, que conozca del hecho delictivo dentro de sus privativas atribuciones, su intervención impide y excluye la actuación de lo civil, y ante esa declaración de ley nada podría importar que un Reglamento, de rango inferior a aquélla, dijera lo contrario, ya que no habría de prevalecer la norma reglamentaria sobre la legal; pero además el artículo 63 del Reglamento de los Tribunales Tutelares de Menores no obstaría al ejercicio de la acción, pues se limita a conceder la

utilización de una medida cautelar para poder asegurar en su día la efectividad de la responsabilidad que llegue a declararse, pero no impone al perjudicado la obligación de ejercitar la acción civil que pueda corresponderle desde la apertura del expediente sancionador contra los menores. (Sentencia de 8 de febrero de 1983; no ha lugar.)

4. Derechos reales

43. *Propiedad horizontal. Reuniones de la Junta de Propietarios. Requisitos.*—Para tomar acuerdos que no impliquen modificación del título constitutivo o de los estatutos se requiere el voto de la mayoría del total de los propietarios que representen la mayoría de las cuotas de participación y sólo bajo nueva convocatoria, distinta de la posible segunda convocatoria que podría hacerse al propio tiempo y con la misma citación que la primera, se da paso a la mayoría formada por los asistentes, siempre que ésta represente más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes.

Cómputo de las mayorías. Requisitos.—La mayoría personal debe computarse conceptuando a los copropietarios de cada espacio (apartamento o local) como un solo y único propietario, al igual que los propietarios de varias fincas constituyen un único elemento personal, y debiendo atenderse, como término de comparación, al total de los propietarios del inmueble. Por su parte la mayoría de las cuotas de participación ha de fijarse en relación con el total del valor del inmueble, incluyendo las cuotas de los ausentes, computando como asistentes sólo los apartamentos representados mediante el oportuno escrito que exige el artículo 14 de la Ley. (Sentencia de 13 de octubre de 1982; ha lugar.)

NOTA.—Uno de los aspectos en los que la práctica cotidiana de la Propiedad Horizontal ha seguido caminos divergentes respecto de la Ley vigente es el relativo a la convocatoria de las Juntas de Propietarios, tratado en esta sentencia. En efecto, el artículo 16, regla 2.ª, de la Ley de 1960, exige con claridad, para el caso de no poder celebrarse la Junta por falta de asistencia de los propietarios, que «se procederá a una nueva convocatoria con los mismos requisitos de la primera», de forma que no es admisible el anuncio simultáneo de la reunión en primera y segunda convocatorias. A pesar de todo este proceder es seguido normalmente, lo que hace impugnables los acuerdos que se adopten en la segunda convocatoria así realizada.

Parece obvio señalar que el sistema vigente carece de fundamento bastante y es un tema que debe ser revisado al acometerse la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal. No se advierten especiales razones para mantener tal rigidez en las convocatorias, debiendo pesar, por el contrario, la experiencia obtenida en la aplicación de la Ley de Sociedades Anónimas. Parece, pues, conveniente permitir expresamente la convocatoria conjunta de los dos llamamientos, señalando un plazo mínimo que deba mediar entre ambas reuniones (cfr. artículo 53, pág. 3.ª, de la Ley de Sociedades Anónimas).

44. *Propiedad horizontal. Elementos comunes. Jardín.*—El Tribunal Supremo entiende que el acuerdo impugnado pertenece a los que han de adoptarse por unanimidad en cuanto afecta al cambio de utilización y disfrute de un elemento comunitario, el jardín, lo que hace que se encuentre comprendido en el artículo 16, 1.º, de la Ley de Propiedad Horizontal. (Sentencia de 3 de diciembre de 1982.)

HECHOS.—El actor, uno de los copropietarios del inmueble, formuló demanda contra la Comunidad de Propietarios solicitando la declaración de que un espacio situado en la planta baja del inmueble era un elemento común destinado a jardín y que por tanto no podía ser utilizado para aparcamiento de vehículos.

La demanda fue estimada en ambas instancias y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de la Comunidad de Propietarios.

45. *Abuso de derecho.*—Como sancionó la sentencia de esta Sala, de 26 de abril de 1976, el abuso de derecho ha de resultar manifiesto en las circunstancias que lo determinan, es decir, las subjetivas de intención de perjudicar o de falta de un fin serio y legítimo, o las objetivas de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho. (Sentencia de 22 de abril de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—En virtud de contrato, los propietarios de una casa en la calle X, cuyos bajos tenían arrendados la causante de la demandada, autorizaron a ésta, que a su vez era propietaria de otra casa en la calle Y, para que abriera en la colindancia de ambas casas una puerta de comunicación entre los bajos respectivos por plazo indefinido, salvo que interesara a los propietarios de la casa de la calle X su cierre, comunicándolo por escrito. Estos solicitaron dicho cierre, a lo que se opuso la otra parte alegando abuso de derecho. El Tribunal Supremo, de acuerdo con el fallo de la Audiencia Territorial, entiende que no ha existido abuso de derecho.

46. *Acción publiciana. Reconocimiento en Derecho español.*—La acción publiciana no está recogida en nuestro ordenamiento positivo, pero su admisión se apoyó en la corriente imperante de atenuar el rigor de la exigencia de la prueba plena del dominio para la prosperabilidad de la acción reivindicatoria, configurándose aquella acción como una de las facetas de la reivindicatoria que permite al actor probar su mejor título, que puede derivarse de la mera posesión, reclamando la cosa de quien la posea con menos derecho, lo cual significa que la acción está conectada con la reivindicatoria, de la que se presenta como excepción basada en razones de utilidad.

Derechos de uso de camino. Ejercicio ante los Tribunales.—El pleito se refiere a un camino público, que fue utilizado desde tiempo inmemorial por los causantes de los actores, por estos mismos y por todos los que quisieran tener acceso a la playa o a sus fundos, de modo que el Juzgador sólo declaró el derecho a la utilización del camino, que venía siendo impedida, re-

cordando lo ya proclamado por la antigua sentencia de 11 de abril de 1898, de que «los particulares pueden pretender de los Tribunales la declaración de ser un terreno de uso público al efecto de ejercitar en él los derechos civiles que les competen» y estas pretensiones y declaraciones nada tienen que ver con la acción publiciana.

Camino público. Inapropiabilidad.—Si el bien discutido es un camino público, no puede ser susceptible de apropiación y, por tanto, de posesión, siendo este argumento utilizable contra la entidad recurrente, que sin título alguno se apropió del camino impidiendo su utilización por los demás. (Sentencia de 7 de octubre de 1982; no ha lugar.)

ANTECEDENTES.—Las actuaciones que precedieron al presente recurso de casación tuvieron origen en la reclamación formulada en su día contra la entidad que ahora figura como recurrente, por los actuales recurridos, en su condición de propietarios de unas fincas rústicas sitas en la zona denominada del «Llop Mari», del término municipal de Campello (Alicante), que estaban separadas de otra de la sociedad demandada por un camino de tres metros de anchura y trescientos cincuenta y cinco de longitud, que iba desde el ferrocarril Alicante-Denia hasta el mar, existente desde tiempo inmemorial. De este camino se había apoderado en 1975 la referida entidad, en toda su anchura y longitud, construyendo incluso una pared de un metro de altura en el linde del camino opuesto al suyo, con lo que privaba a los actores de acceso directo al mar y a algunos de ellos dejaba sin salida para acceder al exterior.

Los demandantes solicitaron que se declarase la existencia real del camino que usaban los predios colindantes y se ordenara el derribo de la pared, volviendo el terreno y el camino a su anterior situación; pretensión que, con apoyo en el resultado de la prueba practicada, estimaron los dos Juzgadores de instancia, declarando la existencia del camino en cuestión, el derribo de la pared y su uso y utilización no sólo por los titulares de las fincas colindantes, sino por cualquier persona que quisiera, desde el camino de Villajoyosa, lindante con el ferrocarril, hasta el mar.

COMENTARIO.—La cuestión básica objeto de esta Sentencia consiste en determinar la naturaleza y régimen que corresponden al camino cuya utilización pretendían los demandantes. Tal como se plantea el litigio, pues, todo depende de que el terreno utilizado como camino sea de dominio público, en cuyo caso su uso también será público, o de propiedad privada. En el fondo se debate una cuestión de dominio, aunque la demanda sólo se refiera a la utilización, único derecho que podían ejercitar los demandantes sobre el camino, que además carecían de título especial para tal uso.

Con este planteamiento no puede extrañar que la demandada aluda reiteradamente en los procesos seguidos a la «acción publiciana», aunque su postura fuese derrotada en todas las instancias y en el recurso de casación.

Las resoluciones judiciales recaídas en el asunto no dejan dudas sobre la existencia del camino y sobre su condición de público. Se trata, por tanto, de un bien de dominio público (art. 339, núm. 1, del Código civil), destinado al uso público y que, según parece debe tener naturaleza municipal (art. 3 Regl. Bienes Entidades Locales, de 27 de mayo de 1955).

Con estas bases de hecho, parece que el cauce procesal adecuado, según la legislación vigente, para que los particulares logren la restitución de los bienes municipales de dominio público al uso público, cuando hayan sido usurpados, es el marcado por el artículo 371 de la Ley de Régimen Local, texto articulado de 24 de junio de 1955. A su tenor: «1. Si las Corporaciones locales no ejercitaren las acciones procedentes, cualquier vecino que se halle en el pleno goce de sus derechos civiles y políticos podrá requerir su ejercicio a la Corporación interesada. Si ésta no lo acordare en el plazo de dos meses, el vecino podrá ejercitar la acción en nombre y en interés de la Entidad local, siempre que lo autorice el Gobernador Civil, oído el Abogado del Estado.

2. Si prosperase la acción ejercitada, el actor tendrá derecho a ser reembolsado de las costas procesales».

Este precepto resulta completado por el Reglamento de Organización, Funcionamiento y régimen jurídico de 17 de mayo de 1952, que añade: «se le facilitarán los antecedentes, documentos y elementos de prueba necesarios y que al efecto solicite por escrito dirigido al Presidente de la Corporación» (art. 341).

Los artículos transcritos configuran un supuesto de sustitución procesal, por lo cual el particular ejercita acciones de la Corporación Local y actúa en defensa de un interés colectivo (véase: E. García de Enterría y TR. Fernández, Curso de Derecho Administrativo, II, Civitas, 1981, pág. 608). Por ello, aunque su aplicación convendría en el caso resuelto por la sentencia, existe una diferencia básica con las pretensiones ejercitadas, que no se fundan en la titularidad pública, sino en los derechos particulares al uso de un bien demanial.

El procedimiento regulado por la legislación local tiene como principales defectos su rigidez y lentitud. En efecto, existen un cúmulo de requisitos y trámites a cumplir (vecindad, plenitud de derechos, pasividad de la Corporación, que deben acreditarse; autorización gubernativa) que suponen molestias al particular, sólo compensadas con la posibilidad de utilizar los elementos probatorios de que disponga la Entidad local y con el reembolso de las costas si prospera la acción (véase la crítica de F. Sáinz Moreno en Civitas, Rev. Esp. de Dch. Adm., núm. 5, pág. 260 y sig., con ocasión del comentario a la sentencia de 27 de diciembre de 1974).

La sentencia del Tribunal Supremo reseñada parece abrir un nuevo cauce para la defensa del uso público de los bienes de dominio público, al admi-

tir el ejercicio jurisdiccional del derecho de los particulares al llamado uso común, es decir el que «corresponde por igual a todos los ciudadanos indistintamente, de modo que el uso de unos no impida el de los demás interesados» (art. 59 regl. de Bienes). Este proceder, superador de los formalismos que tradicionalmente han venido privando a los bienes demaniales de su debida protección, debe considerarse especialmente acertado a la luz de los preceptos de la vigente Constitución. Por una parte, tienden a dotar de efectividad a los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad del dominio público (art. 132), que deben informar el régimen de estos bienes; por otra, confiere la tutela judicial efectiva a unos derechos e intereses de particulares que antes carecían de medios adecuados de defensa (art. 24, p. 1).

El criterio del Tribunal Supremo supone, además, rehabilitar una antigua jurisprudencia que, a pesar de su interés, había sido postergada con la introducción del procedimiento administrativo a que se ha hecho referencia, el cual ha revelado su insuficiencia.

P. E. A.

47. *Disposiciones contradictorias del fallo.*—Es manifiesta la clara contradicción e incompatibilidad de los términos del fallo de la sentencia recurrida, oposición no sólo lógica, sino pragmática, es decir, con los efectos en la realidad jurídica en la que los derechos han de ejercitarse y disfrutarse con la nitidez precisa para evitar la discordia, eficacia aquí evidentemente imposible si se mantuviera una declaración exclusiva de propiedad a favor de una parte, no «erga omnes» —como es condición del dominio: artículo 348 del Código civil—, sino sólo en contra de unos causahabientes precisamente de otra parte a la que no se le niega la propiedad sobre la misma cosa, con la consecuencia de reconocer a dos personas su propiedad total y exclusiva, circunstancias que, además, imposibilitarían la ejecución del fallo, que es otra de las notas que reiterada jurisprudencia recoge al tratar de esta materia. (Sentencia de 14 de febrero de 1983; ha lugar.)

48. *Bienes muebles. Independencia respecto del edificio en que se hallan.* Los bienes muebles embargados no son elementos o pertenencias del edificio, aunque estén instalados en partes comunes del mismo, pues corresponden a la industria de hostelería radicada en él como entidad patrimonial diferenciada. Tales bienes no se transmitieron al hacerse las ventas de habitaciones ni se utilizaron por la Comunidad de Propietarios explotando la industria de hostelería, de modo que la existencia de esta Comunidad en nada prejuzga la atribución dominical de los bienes ni efecta al embargo trabando. (Sentencia de 16 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

49. *Posesión de aguas. Competencia de la jurisdicción ordinaria.*—Las cuestiones planteadas por los demandantes frente a la Comunidad de Regantes no son de índole puramente administrativa y, concretamente, de policía de aguas, sino de carácter esencialmente civil, como es el derecho a posesión desde tiempo inmemorial de las aguas para las fincas y con la periodicidad que se expone, siendo, pues, competencia de los órganos de la jurisdicción

ordinaria, en cuanto afecta a cuestiones que emanan de títulos civiles. (Sentencia de 12 de julio de 1982; ha lugar.)

NOTA.—Se discutía, en el presente caso, el derecho de los demandantes al aprovechamiento de aguas públicas, que disfrutaban desde tiempo inmemorial y había sido perjudicado por una Comunidad de Regantes que ostentaba concesión administrativa para aprovechar las mismas aguas.

La cuestión de fondo parece resuelta directamente por la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, pues el aprovechamiento de aguas públicas puede adquirirse por usucapión (20 años, art. 149) y la concesión se entiende siempre otorgada sin perjuicio de tercero y dejando a salvo los derechos particulares (art. 150). Por eso la casación se centra en el tema procesal de deslindar en esta materia, los ámbitos de actuación de las jurisdicciones ordinaria civil y contencioso-administrativa. La propia Ley de Aguas ofrece criterios para resolver el problema, pues atribuye a los Tribunales civiles las cuestiones relativas al «dominio de las aguas públicas y al dominio de las aguas privadas y de su posesión» (art. 254, 1.º). En general, corresponde a estos Tribunales resolver todas las cuestiones que se susciten entre particulares y siempre las que afecten a la calificación pública o privada de las aguas. La jurisdicción contencioso-administrativa sólo será competente cuando una de las partes sea la Administración Pública y el conflicto se suscite respecto de actos sometidos al Derecho Administrativo.

Por ello el criterio plasmado en la sentencia reseñada hubiera resultado más claro si no se mencionase el tema de la posesión de las aguas, que ha dado lugar a discusiones doctrinales y múltiples cuestiones de competencia. Véase el estado de la cuestión en A. Guaita, «Derecho Administrativo (Aguas, Montes, Minas)», Civitas, 182, pág. 108 y sig.

50. *Tercero civil y tercero hipotecario. Distinción de ambas situaciones.*— En el orden puramente civil, terceros respecto de los contratos celebrados son los extraños a la formación de las relaciones jurídicas dimanantes de dichos contratos, pues parte, en el sentido contractual del término, es únicamente aquella que otorga, celebra o concierta el contrato, y, por exclusión, todos aquellos en quienes no concurra esa condición o la de ser heredero de alguno de los sujetos del contrato tienen la consideración de tercero. Sin embargo, dentro del régimen hipotecario sólo se considera tercero, destinatario y razón de ser de la fe pública registral, al adquirente contemplado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, por lo cual, al no convenir a los recurrentes esta condición, carece de sentido invocar tanto el artículo 32 como el 37 párrafo 1.º de la citada Ley. (Sentencia de 15 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

NOTA.—Esta sentencia parece defender el criterio de unidad del supuesto de tercero protegido por la legislación hipotecaria, pues exige el cumplimiento de los requisitos del artículo 34 para la aplicación del artículo 32 de la Ley Hipotecaria. El tema, como es bien sabido, ha sido muy discutido doctrinalmente. Puede verse una exposición reciente del mismo, con defensa de la tesis unitaria, en Peña y Bernaldo de Quirós, M., «Derechos Reales, Derecho Hipotecario», Facultad de Derecho, Madrid, 182, pág. 596 y sig. La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1982 parece seguir el criterio dualista, aunque no con claridad.

51. *Anotación preventiva de embargo frente a compra-venta no inscrita de finca.*—Establece el Tribunal Supremo que comprando el piso por la actora libre de cargas e inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo, la compraventa es válida al no haberse impugnado su validez, sin constar que la adquirente tuviese conocimiento de alguna carga, por falta de valor constitutivo en nuestro sistema de esta inscripción, a los efectos de transmisión de la propiedad, a lo que obviamente no puede ser obstáculo la anotación preventiva, así resulta del artículo 1.923 del Código civil al que se remite el 44 de la Ley Hipotecaria, donde se dice que «el acreedor que tenga anotación a su favor en caso de mandamiento de embargo, hecho efectivo en bienes inmuebles del deudor, tendrá la preferencia del artículo 1.923 del Código, y en el núm. 4 de éste se establece la preferencia de los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial de embargo... sobre bienes anotados y sólo en cuanto a créditos posteriores; siendo constante y reiterada la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (especialmente recogida en las Sentencias de 28 de enero de 1903; 2 de marzo de 1910; 21 de febrero de 1912; 5 de julio de 1917; 20 de noviembre y 31 de octubre de 1982; 22 de enero de 1943; 18 de febrero de 1954; 29 de noviembre de 1962 y 14 de diciembre de 1968 entre otras) en el sentido de que la anotación preventiva constituye solamente una garantía registral de la situación jurídica existente al ser registrada que otorga preferencia al acreedor que la obtuvo sobre los créditos contraídos por el deudor con posterioridad a la anotación, pero sin que prevalezca sobre los actos dispositivos otorgados anteriormente, aunque no estén inscritos. (Sentencia de 6 de diciembre de 1982 no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Irene A. L. adquirió un piso por compra a doña Edwina H. W. el 18 de marzo de 1977, compraventa que fue inscrita en el Registro de la propiedad el 6 de octubre de 1977. Entre ambas fechas una entidad había presentado un juicio ejecutivo contra doña Edwina H. W., embargando el piso vendido, anotándose en el Registro el citado embargo el 26 de septiembre de 1977. A instancias del Juzgado ejecutante el 8 de octubre de 1977 se libró la certificación de cargas y el 28 de octubre de 1977 se celebró la subasta del piso, adjudicándose don Francisco S.

Doña Irene A. L. formuló demanda contra doña Edwina H. W. y su marido, contra la entidad ejecutante y contra don Francisco S. como adjudicatario del piso, solicitando se declarase su derecho de propiedad y la nulidad de la subasta. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó la Sentencia y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de don Francisco S.

52. *Derecho de uso en Cataluña. Régimen jurídico.*—El derecho real de uso sobre cosa ajena, participante de la inestabilidad histórica del usufructo, se distinguía del derecho de uso como inherente al dominio por su duración limitada, y participó de los avatares del usufructo, siendo utilizado para resolver ciertas situaciones, especialmente dentro del Derecho de fa-

milia, hasta que en la época codificadora se configura como derecho autónomo, apareciendo así en el C. c. (arts. 523 a 529), rigiéndose supletoriamente por la normativa del usufructo; sin que la Compilación de Cataluña de 1960 le dedique disposición alguna específica, por lo cual el sistema de fuentes atinentes a este derecho real ha de regularse a tenor de la disp. final 2.ª en relación con el artículo 1.º de la Compilación, y, por tanto, en defecto de disposiciones de la Compilación y de la tradición jurídica catalana, se regirá por los preceptos del C. c. que no se opongan a la normativa compilada.

Caracteres.—Se trata de un derecho real de uso y disfrute recayente sobre un inmueble, limitado a las necesidades de los titulares del mismo, de carácter personal, pero con dos particularidades esenciales que le dan individualidad jurídica, cuales son la temporalidad del uso y su régimen jurídico, que atiende en primer lugar a lo dispuesto en el título constitutivo del mismo, respecto del cual tienen carácter dispositivo las demás normas legales que disciplinen efectos de este derecho real.

Temporalidad.—La temporalidad del derecho de uso, esencial al mismo igual que al usufructo, viene declarada tanto por el C. c. (art. 529 en relación con el 522 y artículo 515 para el caso de constituirlo a favor de varias personas sucesivamente o de forma conjunta), como por el derecho histórico constitutivo de la tradición jurídica catalana, que en este punto concreto, viene integrada por lo dispuesto en el Digesto y en las Partidas, señalándose como límite temporal máximo el de cien años, aplicable al supuesto debatido al tratarse del uso concedido a un conjunto de personas que, según el título constitutivo, «forman una sociedad», utilizado este concepto, no en el sentido de persona jurídica tal como lo concibe la legislación civil y mercantil, posterior a la creación del derecho en litigio, sino según se concibe en otras legislaciones como conjunto de personas no integrantes de personalidad jurídica independiente por lo que, terminado el uso por el transcurso máximo del tiempo de su duración, se entregará al propietario la cosa dada para ser usada.

Interpretación desorbitada del título constitutivo. Inexistencia de donación.—Al no haberse atendido la sentencia recurrida al sentido literal del contrato de 8 de junio de 1868, de términos claros e inequívocos, que revelan la constitución de un derecho de uso, detalladamente regulado en su alcance real y personal, sin circunstancia alguna objetiva que haya permitido deducir fundadamente a los Tribunales de instancia que el contrato disimulaba una donación de inmuebles, que en forma alguna cumplió con los requisitos formales que la legislación a la sazón vigente exigía para la validez de tal donación, ni es ésta deducible de unas circunstancias sociales confusas no expresamente referidas al supuesto concreto debatido, y menos cuando la normativa actualmente aplicable lo ha de ser según la realidad social de nuestro tiempo, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de las normas a interpretar a tenor del artículo 3.1, C. c., de las que deriva la temporalidad del derecho de uso, procediendo estimar el recurso ante la

exégesis desorbitada y arbitraria, en pugna con la lógica y el buen sentido de los textos a interpretar. (Sentencia de 4 de febrero de 1983 ha lugar.)

NOTA.—Con razón la S. extractada alude al carácter « esporádico y asistemático » del derecho de uso, una de las figuras de derechos reales de goce más necesitadas de profundización científica y de actualización legislativa. En pura técnica legislativa la resolución del T. S. resulta impecable. Un derecho de uso establecido en 1864 en Cataluña debe considerarse extinguido al cabo de los cien años por invocación de la tradición jurídica catalana (que no por estricta aplicación de la normativa del C. c.: cfr. art. 515). En tal sentido resulta redundante la invocación de la realidad social como criterio interpretativo. Más bien parece insatisfactoria la mera interpretación literal del título constitutivo, a saber la escritura pública de 8 de junio 1868, por la que su propietario cede en uso un determinado inmueble, sin limitación de tiempo y bajo determinadas condiciones, a un grupo de personas constituidas en « Sociedad de Señoras reunidas para la enseñanza de niñas », y a las que en tal cometido las sucedieran, siendo en la actualidad titulares del derecho las Religiosas Clarisas de la Divina Providencia. Si nos atenemos a la definición del artículo 524 párr. 1.º: « El uso da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia, aunque ésta aumente », el derecho creado en aquel título encaja difícilmente en esta definición, acomodándose más bien a la del derecho de habitación. Si atendemos a la presunta intención del constituyente, más bien tendríamos que fijarnos en la figura de la fundación o en la de carga real sobre un inmueble para el cumplimiento de fines duraderos, que normalmente superan la vida individual. Quizá, de haber ahondado en las « circunstancias sociales » del tiempo de constitución del derecho litigioso — susceptibles de ser tomadas en consideración como elemento interpretativo del contrato, a tenor del artículo 1.282—, hubiera parecido más verosímil la hipótesis de la simulación del negocio constitutivo. En todo caso, la presente Sentencia puede servir de punto de partida para nuevos estudios doctrinales sobre el derecho de uso.

G. G. C.

5. Derecho de familia

53. *Competencia. Juicio de divorcio. Ultimo domicilio conyugal fijado por el marido según legislación derogada. Disp. Adicional 3.ª Ley 1981. Domicilio de la mujer y de las hijas del matrimonio.*—No puede tomarse en cuenta como último domicilio conyugal el fijado por el marido, además de ser el de su residencia oficial, de acuerdo con el derogado artículo 58 C. c., que establecía para el marido un trato de favor opuesto al principio constitucional de la igualdad entre ambos sexos, debiendo decidirse la competencia a favor del lugar en donde la mujer y las dos hijas menores del matrimonio han alcanzado vecindad administrativa, pues la opción a que alude la disp. transitoria 3.ª de la Ley de 7 de julio 1981 no puede ejercerse cuando uno de los términos de la misma no consta. (Sentencia de 7 de diciembre de 1982 resolviendo competencia.)

La Sentencia 15 febrero 1983, en recurso sobre el fondo, también se niega aplicación como derecho transitorio al derogar artículo 58 C. c. por su radical oposición al principio constitucional de igualdad conyugal.

54. *Matrimonio canónico. Separación por culpa del marido. Hechos ocurridos bajo la legislación derogada. Continuidad interpretativa. Malos tratos.* Como precisó la sentencia de 11 octubre 1982, la justa causa de separación recogida en el artículo 105-2.º C. c. en su redacción derogada, se corresponde esencialmente con la conducta injuriosa y vejatoria del texto actual (artículo 82, causa 1.ª), y se inserta en la noción tradicional de las sevicias utilizada en el canon 1131 del *Codex Iuris Canonici*, y ello determina como básico presupuesto la necesidad de que la violación de los deberes recíprocos de los esposos habrá de ser grave o reiterada e intolerable la convivencia, circunstancias sin las cuales no es posible imponer la separación por culpa; bien entendido que si la jurisprudencia anterior había declarado que no basta alguna leve agresión o pequeña violencia que responda a momentáneos arrebatos surgidos por incidentes vulgares de la vida matrimonial, o como reacción natural de un cónyuge ante la conducta o las ofensas del otro (Sentencia de 5 marzo 1957), sin que tenga entidad un simple acto de maltrato de obra no reiterado (S. de 28 febrero 1963), y tampoco es suficiente que no reine la mejor armonía en el hogar conyugal (S. 30 diciembre 1975), no cabe desconocer que la vigente normativa, aun sin poner su acento en la intencionalidad del cónyuge infractor, sino en el resultado injurioso o vejatorio del comportamiento para la dignidad del consorte, requiere la nota de gravedad o si se trata de un ilícito leve, la de reiteración.

Interpretación de las causas de separación. «Favor matrimonii».—Sin perjuicio de la interpretación flexible y no rígida de los supuestos legales en la vigente normativa, no puede olvidarse la subsistencia del principio del *favor matrimonii* y que el deber de convivencia sigue siendo de orden público, todo lo cual impone la inexcusable concurrencia de causa legal, en que uno de los esposos está incurso, para que el otro pueda instar la separación poniendo fin a la vida común, a no ser que la cesación se opere por acuerdo mutuo disenso.

Carga de la prueba. Presunción constitucional de inocencia aplicable al ámbito familiar. Comportamiento censurable de la esposa demandante.—Tratándose de causa basada en el incumplimiento de los deberes conyugales, la carga de la prueba incumbe a quien postula la separación, ya que así lo imponen las reglas generales sobre la distribución del *onus probandi* y la necesidad de enervar la presunción de inocencia acorde al principio proclamado en el artículo 24.2 de la Constitución, aplicable con mayor motivo en las relaciones familiares según entiende la doctrina, ya que ese derecho no opera solamente en el ámbito procesal penal, como ha declarado la Sentencia del Tribunal Constitucional de 1.º de abril de 1982 en el presente caso no se ha probado la conducta injuriosa o vejatoria reprochable en el marido, sino que su ocasional actitud irritada la explica el Tribunal de Instancia por el censurable comportamiento de la recurrente, quien sin ambages admite la certeza de unas hojas manuscritas en las que vierten inequívocas expresiones amorosas dirigidas por ella a tercero cuya identidad no consta.

Abandono del hogar.—Aun aceptando un concepto amplio del alejamiento del domicilio conyugal, cuando se realiza sin ruptura de la cohabitación precisa para el cumplimiento de los fines del matrimonio, siempre será circunstancia indispensable para la operatividad de esta causa que exista inobservancia de los deberes esenciales de asistencia inherentes a la patria potestad y al matrimonio, como ya apuntó la S. de 18 noviembre 1974, lo que no ocurre en este caso en que sólo se prueba que el marido frecuente determinado casino de juego, ocasionalmente acompañado de su esposa, de donde no puede deducirse el grave incumplimiento de las obligaciones conyugales y paternofiliales. (Sentencia de 10 de febrero de 1983 no ha lugar.)

Varias declaraciones de esta sentencia merecen destacarse:

1. Continuidad interpretativa de las causas culposas de separación en la nueva normativa instaurada por la Ley de 1981. Ello supone que la jurisprudencia recaída anteriormente puede seguir invocándose en este tipo de causas, así como la paralela jurisprudencia canónica. Todo ello sin extrapolarlo al campo de la separación objetiva o consensual.

2. Mantenimiento del principio del *favor matrimonio*, que ahora podría tener apoyo constitucional en el artículo 39.1 de nuestra Ley fundamental al aludir a la *protección jurídica de la familia*. Declaración jurisprudencial que reviste gran interés por cuanto que la reforma parece haber desdibujado tal principio.

3. La presunción constitucional de inocencia es aplicable al Derecho de familia según la citada S. del Trib. Constitucional. Se trata de una afirmación que limitada al campo probatorio puede tener hondas repercusiones en el Derecho civil (por ej., su compatibilidad con las presunciones de culpa en materia de responsabilidad civil y aun con la tendencia a la objetivización en materia de causas de separación, divorcio, etc.).

G. G. C.

55. *Matrimonio canónico. Separación ante tribunales civiles. Aplicación de la Ley Civil.*—La competencia exclusiva de los jueces civiles en los procesos de separación, aun tratándose de matrimonios canónicos, según disponen el Real Decreto-Ley de 29 diciembre 1979 y la Ley de 26 diciembre 1980, no significa que los organismos jurisdiccionales tengan que acudir para resolver la controversia a la utilización de preceptos ajenos al ordenamiento estatal, pues ello comportaría la vulneración del superior principio de indiscriminación jurídica por razones de índole religiosa y el de igualdad ante la ley (arts. 14, 16 y 53 de la Constitución), y pugnaría con el de aconfesionalidad del Estado la remisión a una normativa dimanante de la Iglesia Católica para decidir en asuntos de conocimiento de la jurisdicción ordinaria (art. 16.3 de la Ley Fundamental), lo que obviamente tampoco impide que el Juez o la Sala refuercen la tesis basada en el articulado del C. c. acudiendo a la paralela legislación canónica, coincidentes en esencia al disciplinar el tema de que se trata.

Causa de separación. Sevicias. Injuria grave.—Demostrada la violenta y reiterada expulsión de la esposa del domicilio familiar, negándose el marido a la prestación de ayuda económica tanto a ella como a las hijas del matrimonio, ello constituye una injuria grave, que es justa causa de separación recogida en el artículo 105-2.º C. c. en su versión derogada, y que se corresponde con la conducta injuriosa y vejatoria del vigente artículo 82 causa 1.ª, y se inserta en el concepto tradicional de *sevicias* utilizado en el canon 1131 del *Codex Iuris Canonici*, supuestos determinantes de crueldad en el trato, tanto en el orden físico como moral, por lo que es llano que aun de aplicar la norma canónica la solución no variaría.

Alimentos actualizados según índice de precios. Deuda de valor.—Si bien el derecho a los alimentos no presenta naturaleza patrimonial, sí lo tiene su contenido, y cuando se incumple se transforma en obligación pecuniaria en sentido técnico (art. 151 párr. 2.º), lo que le hace susceptible de las medidas de actualización, habiendo declarado la Sentencia de 9 octubre 1981 que la prestación de alimentos tiene las notas propias de una deuda de valor que, como tal, autoriza las medidas de protección frente a las alteraciones monetarias, ya que en la deuda alimenticia no debe regir el principio nominalista del dinero, orientación a la que parece responder el artículo 148 párr. último según la reforma de 1981 y desde luego inspira claramente otros preceptos reguladores de situaciones de derecho matrimonial (arts. 93, 97 *in fine*, 100 y 103, norma 3.ª, reformados en 1981).

Costas en segunda instancia. Temeridad del demandado.—Según reiterada doctrina jurisprudencial la apreciación de la existencia, o no, de temeridad en los litigantes no está sometida a preceptos específicos o de doctrina legal —salvo las excepciones legales— no siendo susceptibles de casación, máxime cuando queda incólume el estado de hecho en que la Sala basó su apreciación. (Sentencia de 11 de octubre de 1982 no ha lugar.)

La declaración jurisprudencial sobre aplicación por los tribunales civiles del derecho estatal a las causas de separación de los matrimonios canónicos, se aplica a una hipótesis anterior a la entrada en vigor de la Ley de 7 julio 1981, pero sigue siendo válida con posterioridad a esa fecha. En realidad era «cuestión nueva» por lo que la doctrina se establece a mayor abundamiento. El tema no parece acertadamente planteado dada la continuidad, en general, de las causas de separación que se observa entre la legislación canónica y la civil. Mayor discrepancia puede haber a la hora de aplicar la legislación civil sobre causas de nulidad a los matrimonios canónicos, posibilidad abierta por la reforma de 1981. ¿Se violará también el principio de indiscriminación por razones religiosas cuando los Tribunales civiles reconocen efectos a una dispensa *super ratum* a tenor del nuevo artículo 80 C. c. y normas complementarias?

G. G. C.

56. *Efectos civiles de resoluciones matrimoniales canónicas. Derecho derogado. Doctrina general.*—Según declaró la Sentencia de 5 diciembre 1981,

reiterando la doctrina mantenida en Sentencia de 3 junio 1966, el trámite previsto en el derogado artículo 82 C. c. constituye un procedimiento especialísimo y de específica naturaleza, pues los organismos jurisdiccionales del Estado no se limitan a prestar un mero auxilio judicial ejecutando en sentido estricto las resoluciones de la jurisdicción canónica, sino que en virtud de lo ordenado por el legislador determinan y regulan las consecuencias meramente civiles de la nulidad, o de la separación, resolviendo con jurisdicción propia los diversos problemas que cada situación matrimonial plantea en particular, para lo que habrán de servirse de las disposiciones del ordenamiento jurídico estatal, actuando con independencia de criterio y en proceso dotado de sustantividad respecto de la resolución anterior dictada por otros órganos.

Improcedencia del recurso de casación del artículo 1.695 L. E. C.—No cabe en esta materia acudir al recurso singular y extraordinario para los casos de ejecución de sentencia a que se refiere el artículo 1.695 L. E. C. en cuanto que las notas especiales del procedimiento no se compadecen con las dos hipótesis taxativamente previstas en el mismo.

Sentencia canónica de nulidad. Atribución de la custodia del hijo a la madre. Directrices a que responde el Derecho vigente en la materia.—No obstante, la inadecuación del cauce procesal utilizado, dada la trascendencia de la materia, es oportuno hacer las siguientes puntualizaciones: 1.º El auto recurrido no priva al padre de la patria potestad, sino que atribuye su ejercicio a la madre atendiendo a las circunstancias de la repulsión entre los progenitores y la edad del hijo, medida indudablemente autorizada en el derecho vigente por los artículos 92, párrafo 4.º, y 156, *in fine*, del C. c., como también lo era por el derogado artículo 70, último párrafo, según la redacción introducida por la Ley de 24 abril 1958. 2.º El ámbito de conocimiento y decisión del Juez Civil para dar efectividad a las resoluciones pronunciadas por los Tribunales eclesiásticos, si bien no alcanza a revisar el primordial efecto desvinculatorio de la resolución canónica sobre la nulidad o la disolución del matrimonio rato y no consumado, si reviste plenitud de facultades por lo que atañe a los aspectos de carácter secundario, que van desde las prohibiciones circunstanciadas para contraer ulteriores nupcias, hasta las determinaciones sobre el ejercicio de las relaciones paternofiliales, pasando por las declaraciones sobre la mala fe de alguno de los contrayentes como causante de la invalidez del pacto conyugal; temas todos ellos que la jurisdicción civil puede avocar en su integridad y con total autonomía, dilucidando con su comprobación si se ajustan los pronunciamientos del Tribunal Eclesiástico al Derecho del Estado, y en qué medida, como así lo imponen el vigente artículo 80 C. c. y la disp. adic. 2.ª, párrafo 2, de la Ley de 7 julio 1981, y también el antecedente de esas normas que se contiene en el artículo 6.º, apartado 2, del Acuerdo de 3 enero 1979 entre el Estado español y la Santa Sede; solución que es asimismo la obligada con arreglo a los principios de aconfesionalidad y de exclusividad jurisdiccional inspiradores de la Constitución de 1979, según Sentencia de

26 enero 1981 del Tribunal Constitucional. 3.º Informada toda la normativa legal reguladora de las medidas relativas a los hijos en los casos de nulidad, separación y divorcio, en el criterio fundamental del *favor filii*, los acuerdos sobre su cuidado y educación habrán de ser tomados siempre en beneficio del menor, al que el Juez debe oír si tuviera suficiente juicio y preceptivamente si alcanzó los doce años, recabando si lo entendiera preciso el dictamen de especialistas, que de ordinario serán médicos y psicólogos. 4.º En atención a lo cambiante de las circunstancias, las decisiones tomadas carecen de la condición de definitivas, por lo que si de una parte autorizan la petición de cualquiera de los interesados para que el Juez las modifique en atención a los supremos intereses del sometido a la patria potestad, de otra sustraen a la casación el análisis de todo lo referente a su procedencia y vicisitudes. (Sentencia de 31 de diciembre de 1982; no ha lugar.)

Aunque el supuesto de hecho corresponde a la normativa derogada, la sentencia aquí extractada, no obstante desestimar el recurso de casación interpuesto, aprovecha la ocasión de exponer con amplitud las directivas a que responde la ejecución civil de las sentencias y resoluciones canónicas sobre nulidad matrimonial y dispensa *super ratum*. Quizá lo más destacado sea la interpretación que hace el T. S. (Pte. Excmo. Sr. D. Jaime Castro García) sobre el inciso «si se declaran ajustados al derecho del estado», que figura en el vigente artículo 80 C. c. en obligado acatamiento a lo concordado con la Santa Sede en 1979. A diferencia de la mayoría de la doctrina científica, la sentencia apunta a los aspectos de carácter secundario (ejercicio de las relaciones paternofiliales, prohibición de contraer nuevas nupcias, buena o mala fe de los cónyuges, etc.) respecto de los cuales debe darse ese ajuste o consonancia con el ordenamiento español, y no con los problemas de fondo (nulidad o disolución matrimonial) afrontados en la resolución canónica cuyos efectos civiles se solicitan. Hay que reconocer que esta interpretación del atormentado inciso del artículo 80 elimina gran parte de la problemática suscitada últimamente y permite ejecutar normalmente las dispensas *super ratum*.

G. G. C.

57. *Separación de hecho. Normativa aplicable.*—Al no tener específica regulación en la totalidad de sus consecuencias, ha de ser resuelta según los principios generales informadores en nuestro derecho de la institución matrimonial, teniendo en cuenta la prevalente normativa sancionada en los artículos 9, 14 y 32 de la vigente Constitución, según la cual los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a ella y al resto del ordenamiento jurídico, garantizando el principio de legalidad y la jerarquía normativa, así como la igualdad de todos los españoles ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo, habiendo de regularse por Ley los derechos y deberes de los cónyuges en el matrimonio; lo que es significativo, en primer lugar, de que siendo norma fundamental dicha Constitución, ha de ser la base primaria, en el orden jerárquico de las fuentes del derecho, de toda decisión en el ámbito jurídico y a la que por consecuencia en el campo matrimonial debe someterse cualquier decisión judicial; por otra parte de precisa adaptación a las leyes que desarrollen aquella orientación constitucional.

Fijación del domicilio conyugal. Aplicación retroactiva del nuevo artículo 70 C. c. Disposición transitoria primera C. c. Realidad social del tiempo de aplicación de las normas.—Aunque a los hechos base de la demanda son de aplicación, los anteriores artículos 56 y 58 C. c., tales preceptos hay que entenderlos interpretados conforme a la realidad social actual proclamada por los vigentes artículos 68 y 70 C. c., según la redacción dada por la Ley de 7 julio 1981, que establecen derechos reconocidos por primera vez en dicho código, a los que resulta aplicable la disposición transitoria 1.ª del mismo cuerpo legal; en consecuencia, no puede reconocerse la pretensión del demandante de que su esposa tiene el deber de vivir junto a su marido en el domicilio conyugal designado por éste.

Convivencia con el padre de una hija menor de edad.—Según el nuevo artículo 156 C. c., redactado por la Ley de 13 mayo 1981, el ejercicio de la patria potestad no se concede prioritariamente al padre, sino conjuntamente a ambos progenitores, o por uno solo, con el consentimiento expreso o tácito del otro, y en caso de desacuerdo confiriéndola el Juez a uno u otro; en consecuencia, no puede accederse a la petición unilateral del padre de que la hija de doce años vaya a vivir en su compañía.

Negativa del marido a prestar alimentos a la mujer separada de hecho.—Mientras el Juez competente no decida cuál debe ser el domicilio conyugal y, una vez determinado, la mujer se niegue a incorporarse a él, el marido no puede eximirse de su deber de prestar alimentos a la misma.

Derecho de visita.—Denegado el pedimento relativo a tener la hija en su compañía, debe mantenerse el pronunciamiento que reconoce el derecho del demandante de visitar y comunicar con la misma en la forma que se determine en fase de ejecución de sentencia, aun no habiendo sido expresamente instado, como consecuencia de la prohibición de la *reformatio in peius*, al tratarse de declaración favorable al actor consentida por la demandada, y ser un aspecto limitativo de la pretensión más amplia de tenerla en su compañía, por lo que no se incurre en incongruencia. (Sentencia de 15 de febrero de 1983; ha lugar.)

Parece claro que la separación de hecho, aludida en varias ocasiones en la nueva normativa matrimonial, está necesitada de un nuevo enfoque en atención a la causa generadora de la misma. Un caso singular es el de los cónyuges que no conviven, porque no se han puesto de acuerdo en la fijación del domicilio conyugal. En el caso aquí contemplado, el matrimonio, con una hija, había vivido en casa de los padres de la mujer, hasta que, a raíz de un altercado, el marido se ausentó y estableció un nuevo domicilio familiar, en el que se pretende se declare la obligación de convivir su mujer con él, así como la de una hija de doce años. Dado que los hechos ocurrieron antes de entrar en vigor, la reforma matrimonial, la sentencia llega al resultado de una aplicación retroactiva del nuevo artículo 70 C. c., a través de una vía discutible, a saber, considerar que forma parte de la realidad social la nueva regla sobre determinación del domicilio común.

58. *Litis expensas. Régimen anterior a la Ley de 1981. Ambito.*—Es doctrina de esta Sala contenida, entre otras, en Sentencias de 8 octubre 1953 y 21 abril 1956, que el marido debe abonar *litis expensas* a su mujer, cuando proceda, aunque el matrimonio no esté contraído bajo el régimen de gananciales y hasta en regiones de Derecho foral.

Litis expensas para ejecución de sentencia.—La ejecución de sentencia no inicia un nuevo proceso, sino una nueva etapa de la actividad jurisdiccional, dentro del mismo proceso, dirigida a la efectividad de la declaración de voluntad contenida en la resolución judicial, por lo que es indudable que el derecho a obtener *litis expensas* reconocido en el artículo 68, 6.º C. c. «durante la sustanciación del proceso», comprende no sólo la parte cognoscitiva del juicio, sino también la fase de ejecución de la separación matrimonial decretada, y dentro de ella la separación de los bienes de la sociedad conyugal, como dispone el auto del Juzgado acordando la ejecución de la sentencia eclesiástica de separación solución que viene asimismo impuesta para evitar una verdadera denegación de justicia en casos como el presente, en que los muy importantes bienes conyugales, sin prejuzgar si son o no gananciales, permanecen en poder del marido, quien tiene planteado el juicio de mayor cuantía con la pretensión de que se declare que son de su propiedad exclusiva, y sin que sean de temer abusos en esta materia, dado que el derecho a *litis expensas* está sometido a lo que en cada caso resuelvan los Tribunales, que deben apreciar, para concederlas o denegarlas, la necesidad, naturaleza y extensión del gasto. (Sentencia de 8 de febrero de 1983; no ha lugar.)

Aunque la sentencia extractada se refiere a un supuesto anterior a la entrada en vigor de la reforma del C. c., sienta una doctrina perfectamente aplicable al derecho vigente, pues el artículo 1.318 párrafo 3.º, C. c., ha venido a normativizar la reiterada doctrina jurisprudencial en la materia, recogida parcialmente en anteriores reformas y ahora, con acierto, llevada al régimen matrimonial primario aplicable a todo matrimonio, cualquiera que sea el sistema matrimonial que hayan adoptado.

G. G. C.

59. *Reconocimiento de hijo natural según legislación derogada. Vinculación a hechos declarados probados en sentencia penal absolutoria. Ausencia de engaño en el estupro.*—En aquellos supuestos en que se declara probado en vía penal que el inculpado tuvo acceso con la ofendida, con fruto de filiación, pero sin emplear engaño para lograrlo, por lo que se excluye el delito de estupro, es evidente que queda establecida una filiación en la sentencia penal que es lo único que importa para el ejercicio de la acción civil, la cual ha de basarse en la existencia del hecho, háyase o no castigado, según las modernas orientaciones doctrinales y de Derecho comparado tendentes al reconocimiento de que deba sancionarse la declaración de paternidad hecha por la jurisdicción penal. (Sentencia de 25 de febrero de 1983; no ha lugar.)

En la legislación derogada —la que se aplica al supuesto aquí contemplado, ocurrido en 1977— las diferencias de la normativa civil eran suplidas no pocas veces por una benévola jurisprudencia penal en materia de estupro. Un caso-límite se daba cuando probadas las relaciones sexuales faltaba el requisito del engaño consistente en la promesa de matrimonio para obtener aquéllas. Esta atípica vinculación del Juez Civil a los hechos declarados probados en sentencia penal absolutoria va a desaparecer de hecho en esta materia con la nueva legislación que ha restringido el ámbito de aquel delito, al par que permite la libre investigación de la paternidad, lo que agilizará los procesos.

G. G. C.

60. *Responsabilidad civil derivada de delito. Cuándo queda expedita la vía civil. Doctrina general.*—Queda expedita la vía civil cuando el Tribunal de lo criminal pone término a la causa por sentencia o por auto de sobreseimiento (Sentencia de 19 febrero 1902), o en caso de rebeldía del procesado (Sentencia 22 enero 1919), o en el supuesto de muerte del autor del hecho, en que cesa la responsabilidad penal (Sentencia 12 abril 1906), o cuando el Tribunal de lo criminal condena al autor de los hechos reservando la acción contra el responsable subsidiario (Sentencia 17 diciembre 1914); doctrina que se confirma modernamente en los supuestos de indulto anticipado con declaración de sobreseimiento, en la jurisprudencia de la Sala 2.ª de este Tribunal Supremo, así en Sentencia de 2 mayo 1977, haciendo reserva de las acciones civiles en favor del perjudicado, para su ejercicio ante la jurisdicción ordinaria, y en Sentencias de 30 enero 1974, 27 mayo 1975, 30 mayo 1977 y 6 marzo 1978, permitiendo su mantenimiento por la vía penal después de sobreseído el asunto criminal.

Indemnización civil en caso de estupro. Aplicación de la doctrina general al supuesto de indulto.—El indulto no comprende, ni puede comprender, la sanción reparadora en favor del ofendido, porque su contenido no afecta a la indemnización civil patrimonial para resarcir los daños y perjuicios originados por el delito que, en caso de estupro, tiende directamente a conceder derechos familiares de peculiar naturaleza, que se acercan más a los públicos que a los privados, al implicar el reconocimiento judicial de una relación ascendente-descendente y el deber de alimentar, tutelar y educar al hijo, así como conceder a la mujer una posición que auxilie la orfandad moral y ética que ha de sufrir a causa de la ofensa deshonestada inferida, medidas irrenunciables en su casi totalidad, exigibles y sometidas a la salvaguarda de los Tribunales como auténticas sanciones de carácter civil.

Derecho transitorio. Auxilios indispensables para la subsistencia.—En atención al estado de casado del demandado, que impide el reconocimiento de la prole conforme al artículo 444, 2.º, del Código penal, se condena a este último a pagar los auxilios necesarios para la subsistencia de la niña nacida de las relaciones sexuales.

Prohibición de investigar la paternidad según el Derecho derogado.—Lo que prohibía el artículo 141 en relación con el artículo 140 de la regulación

derogada del C. c. era la admisión de demandas cuyo objeto fuese la investigación de la paternidad, mientras que en el presente caso, con base en los hechos resultantes de las actuaciones sumariales, tal y como fueron recogidos en el auto de sobreseimiento, se reclaman por la vía ordinaria las indemnizaciones económicas consiguientes a lo dispuesto en el artículo 444 Código penal, para lo cual a la perjudicada se le habían reservado las pertinentes acciones civiles, no sólo en el auto de sobreseimiento, sino en sentencia firme del T. S.

Prueba de análisis de sangre y espermatograma. Actos propios.—Propuesta por el demandado la prueba de análisis de sangre para determinar los grupos sanguíneos y el espermatograma para discernir sobre su alegada esterilidad en el momento de la concepción, pese a ser casado y con hijos, no puede ir contra sus actos propios alegando la prohibición de investigar la paternidad en el derecho derogado, por el mero hecho de haberle sido aquélla desfavorable, poniendo de relieve una conducta poco ética.

Aplicación anticipada de principios constitucionales. Interpretación según la realidad social.—Al dictarse la Sentencia recurrida el 20 de diciembre 1978 no había entrado en vigor la Constitución, pero los Tribunales podían ya aplicar sus principios rectores, conocidos ya por haber sido aprobada por las Cortes el 31 de octubre, y mediante referéndum el 6 de diciembre del mismo año, como integrantes de la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas según preceptúa el artículo 3.1. C. c. (Sentencia de 15 de marzo de 1983 no ha lugar.)

Proceso sorprendente por sus curiosas vicisitudes y posturas procesales mantenidas por las partes. El punto de partida es un sumario por estupro agravado (cometido por patrono con menor de quince años), de cuyas relaciones sexuales nace una niña el 1.º de diciembre de 1975. Después de la calificación fiscal de los hechos como constitutivos de un delito de estupro del artículo 437 Código penal, la Audiencia Provincial en 1976 sobreseyó libremente la causa por aplicación de un indulto; interpuesto recurso de casación ante la Sala 2.ª, es desestimado con reserva de las acciones civiles. Tanto en la 1.ª como en la 2.ª instancia se condena al demandado a abonar en concepto de dote la suma de 250.000 pesetas y en concepto de auxilios indispensables para la subsistencia al pago de 10.000 pesetas mensuales. Resulta chocante que se alegue en el recurso de casación violación de la derogada prohibición de investigar la paternidad si se tiene en cuenta que fue el propio recurrente el que propuso la práctica de pruebas de tipo médico y biológico para excluir la suya. Ciertamente este proceso civil ofrecía características singulares, pues los hechos se habían acreditado fundamentalmente en fase sumarial y sabido es que en el proceso penal no regía tal prohibición. Parece acertada la argumentación de esta sentencia (2.º considerando) de que al haber consentido el procesado la gracia del indulto se desplaza, en el proceso civil, hacia él la carga de la prueba de no haber tenido acceso carnal con la perjudicada, para lo cual la prueba no había de tener cortapisas a menos de producir indefensión. Por lo demás la doctrina de los actos propios resulta de pertinente aplicación. Hábil es también el recurso a la realidad social para explicar la aplicación anticipada de un principio constitucional, el de posibilitar la investigación de la paternidad, por otra parte, mal colocado en la Constitución. El fondo sustancial de

justicia que alentaba en la demanda, y que el T. S. confirma al rechazar el recurso, hace únicamente interrogarse el por qué la perjudicada ha debido esperar ocho años para ser indemnizada.

G. G. C.

61. *Filiación natural. Derecho transitorio. Doble reconocimiento paterno. Validez del primero hecho en testamento abierto. Doctrina general.*—El problema de la patrimonialidad del testamento, con su derivado de si cabe un acto jurídico *mortis causa*, limitado en su contenido al reconocimiento de un hijo, ha sido resuelto por la generalidad de la doctrina, entendiendo que si en sentido material no constituye verdadero testamento el que se contrae a disposiciones no patrimoniales, formalmente sí tiene tal condición y resulta eficaz a los fines previstos en el derogado artículo 131 y en el vigente 120, 1.º, sin perjuicio de que proceda la apertura de la sucesión intestada, según así tiene resuelto la Sentencia de 22 diciembre 1964, y por consiguiente valdrá como tal declaración de voluntad postrera por más que no contenga referencia alguna dispositiva sobre los bienes, solución definitiva adoptada por el nuevo artículo 741 C. c.

Innecesariedad de autorización judicial y audiencia del fiscal.—El reconocimiento de un menor hecho en testamento abierto no necesita cumplir tales requisitos.

Derecho de visita al progenitor no conviviente con el padre ejerciente de la guarda.—Acomodado sin duda al Derecho natural, todo lo que signifique propiciar la visita, comunicación y compañía del progenitor con su hijo, sólo descartables por muy poderosas razones y siempre que así la exija el *favor filii*, tales derechos, aspectos de la relevante función que la patria potestad entraña, se daban ya ciertamente en la normativa derogada en favor del padre con relación al hijo extramatrimonial conviviente con la madre en el caso de la filiación natural reconocida, pues si le alcanzan al primero los deberes inherentes a la paternidad y las obligaciones jurídicas que señalaba el artículo 134, también le venía atribuida la patria potestad, una de cuyas manifestaciones es la de tener al hijo en la propia compañía, por lo que será claro que si los padres no unidos entre sí por vínculo conyugal no conviven, aquel de ellos en cuya morada no se encuentre, tendrá derecho innegable a relacionarse con él para mantener los lazos de recíproco afecto, debiendo de fijarse para ello el adecuado régimen de visitas, con determinación de tiempo y circunstancias, ya sea invocando los preceptos de que se hizo mención, ora invocando la aplicación analógica del derogado artículo 68 a lo que cabe añadir en la actualidad el superior principio de igualdad de los hijos ante la Ley con independencia de su filiación (artículo 39 de la C. E.) y la consiguiente equiparación de efectos en la relación paterno-filial (artículo 108, párrafo 2.º, C. c.), así como el artículo 161, párrafo 1.º, que llevan a la indefectible conclusión de que el progenitor extramatrimonial que no conviva con su hijo, sometido a la guarda y custodia del otro, está facultado para mantener relaciones de comunicación y visita

con el menor, prudentemente acomodadas, a las concretas circunstancias de la situación en que éste se encuentre. (Sentencia de 9 de octubre de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Fruto de las relaciones amorosas mantenidas entre María Paloma y Germán nació el niño David el 4 enero 1973, siendo reconocido por la madre en acta de nacimiento, y por el padre en testamento abierto de 27 julio 1976, produciéndose la inscripción el 26 de agosto del mismo año. El 29 julio 1977, Rafael reconoce como hijo suyo a David en testamento abierto y el 16 agosto siguiente contrae matrimonio con María Paloma. El primer padre reconocedor solicita se le reconozca el derecho de visita del menor, obteniendo sentencia estimatoria, en lo fundamental, en ambas instancias. El recurso de casación es rechazado en modélica sentencia (Presidente Jaime de Castro).

Comentario.—Aunque se aplica fundamentalmente la legislación derogada como Derecho transitorio, la solución es igualmente aplicable al vigente, aunque debe advertirse que no parece haberse practicado en el pleito prueba biológica de ninguna clase.

1. *Paternidad biológica.*—A la hora de tener por probado «el protagonismo del recurrido en el acto generacional» (primer Cdo.), la sentencia tiene en cuenta la correspondencia entre María Paloma y Germán, con frases de aquélla como las siguientes: «Tu hijo va muy bien... Nuestro hijo... Tienes todos los derechos y deberes con tu hijo...», así como el testimonio de los familiares del padre. Obsérvese que el conflicto se plantea entre una filiación natural y una filiación legítima, siendo el reconocimiento de aquélla cronológicamente el primero, si bien no fue inmediato al nacimiento, sino transcurrido más de tres años de éste. Parece que fue precisamente el otorgamiento del testamento abierto por el padre el motivo del enfriamiento de relaciones con la madre. Acaso haya que estudiar psicológicamente el comportamiento de bastantes madres solteras que tratan por todos los medios de distanciarse del padre, y llegan hasta ocultar el nacimiento a fin desde que no se produzca su reconocimiento por el otro progenitor.

2. *Derecho de visita.*—Resulta impecable el razonamiento utilizado en el cuarto Cdo. para reconocer el derecho de visita al padre reconocedor no convivente. No parece desfasada la invocación del Derecho natural como *última ratio* del *ius communicationis* entre procreantes y procreados, pues tales principios, aunque no con exclusividad, siguen integrando los generales del derecho del artículo 1.4 C. c.

3. *Valor del testamento sin disposiciones patrimoniales.*—La sentencia ha acogido la *communis opinio*. Hay que reconocer que basar principalmente en este argumento la nulidad del reconocimiento de la filiación resulta muy endeble.

Nota bibliográfica.—Sobre el conflicto de filiaciones, el único estudio serio es el de RIVERO HERNÁNDEZ, *Los conflictos de paternidad en Derecho comparado y Derecho español* (Barcelona, 1971), ya superado en su sustrato normativo y que no contempla directamente el supuesto objeto del presente pleito. En cuanto al derecho de visita, aparte de los comentarios a la reforma matrimonial de 1981 y obras generales que la incorporen, puede verse el vol. colectivo *El derecho de visita. Teoría y praxis*, 2.^a ed., Pamplona, 1982. Allí he mantenido también que «el derecho de los padres a tener en su compañía a los hijos, y sustitutoriamente, a visitarlos, está enraizado en la naturaleza de las cosas, en los vínculos de sangre, en el Derecho natural» (GARCÍA CANTERO, *En torno al derecho de visita*, op. cit., p. 248).

62. *Edificación con dinero ganancial en suelo privativo.*—La edificación con dinero ganancial en suelo propio de uno de los cónyuges era problema resuelto por el artículo 1.404, párrafo 2.º, del Código civil, aplicable al caso, en cuya virtud se reputaba ganancial el resultado de la obra, atrayendo lo edificado el terreno, a diferencia del régimen vigente hoy (art. 1.359, párr. 1.º, redactado por la Ley de 13 de mayo de 1981). Aquel criterio es aplicable también cuando se trata de un nuevo edificio construido sobre solar privativo a costa del caudal común constante matrimonio, previo el derribo de una vieja edificación.

Interpretación de cláusula testamentaria. Disposición de gananciales.—La adjudicación a un hijo de un caserío hay que entenderla racionalmente referida a los bienes que integraban el caudal del causante, por lo que, en relación con el nuevo edificio, hay que llevar a las operaciones divisorias las obligadas repercusiones de su naturaleza ganancial, sin olvidar que el causante sólo podía disponer de su mitad de gananciales (art. 1.414). (Sentencia de 14 de octubre de 1982 no ha lugar.)

6. Derecho de sucesiones

63. *Incapacidad para testar. Locura.*—En esta causa de incapacidad para la testamentifacción están incluidas no sólo las enfermedades mentales propiamente dichas, sino también cualesquiera causas de alteración psíquica que impidan el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privado, a quien se pretende testar, del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos, por carecer de conciencia y libertad.

Apreciación de la capacidad del testador. Competencia.—La apreciación de la capacidad del testador es cuestión fáctica entregada a la soberana decisión del Tribunal sentenciador, y los informes periciales carecen de la nota de autenticidad para ser opuestos a dicha apreciación.

Artículo 665 del Código civil. Supuestos de aplicación.—Dicho precepto y las garantías que señala convienen a quien ha sido declarado judicialmente

incapaz, de suerte que, en los demás supuestos, basta con que el Notario y los testigos procuren asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la lucidez necesaria para testar. (Sentencia de 7 de octubre de 1982 no ha lugar.)

64. Partición hereditaria. Nulidad. Doctrina general.—El C. c. carece casi en absoluto de normas relativas a la nulidad de las particiones hereditarias y la jurisprudencia, a partir de las SS. de 25 marzo 1914 y 7 enero 1932, afirmó la necesidad de respetar el criterio de nuestro ordenamiento jurídico, muy restrictivo en cuanto a la admisión de las pretensiones de invalidez de las particiones, en el sentido de no dar lugar a la invalidez, sino cuando no haya más remedio, para evitar la revuelta de los bienes a la indivisión, y los gastos, molestias e inconvenientes que acarrearía una nueva partición; añadiéndose que si la partición tiene naturaleza de contrato, habrá de serle aplicado el Derecho común de los contratos, con la consiguiente distinción entre nulidad absoluta o radical y anulabilidad o nulidad relativa; para la existencia de nulidad radical se requiere, bien que el acto carezca de alguno de sus requisitos esenciales, el consentimiento, el objeto o la causa, a los que será de añadir la forma si es exigida «ad substantiam», o bien que se haya realizado en contra de lo dispuesto en la ley; para la nulidad relativa regirá lo establecido en los artículos 1.300 al 1.314 del C. c. con el plazo prescriptivo de cuatro años del artículo 1.301.

Prescripción no alegada ni apreciada de oficio.—Los juzgadores de instancia no se apoyaron en la prescripción para rechazar la pretensión actora, pues la sentencia de primer grado declara al respecto que «el Juzgado no puede atender exigencias desbordadas por el paso de los años, sin otro fundamento, y bien que, en todo caso, discutible, que el de la pura técnica hereditaria», y la ahora recurrida habla de las operaciones particionales que adquirieron una fuerza normal, que al cabo de treinta años no pueden ser atacadas y declaradas nulas por cuanto que ello llegaría a producir una inseguridad jurídica, máxime cuando se observaron todos los requisitos legales; pero no estimaron «ex officio» la prescripción, lo que hubiese implicado el rechazo «al limine» de la demanda, sin entrar a conocer del fondo del asunto, puesto que lo hicieron, refutando todas y cada una de las pretendidas causas de nulidad.

Partición con hijos menores. Intervención de defensor judicial. Aprobación judicial.—En los acuerdos entre el cónyuge viudo y el defensor judicial ambos gozan de la libertad de pacto del artículo 1.255 C. c., siempre que respeten sus limitaciones, disponiendo además el artículo 1.060 que no será precisa en tal caso la autorización judicial, pese a lo cual se solicitó y se obtuvo en el presente pleito.

Atribución al cónyuge viudo de participaciones en S. R. L. Antiguo artículo 838 C. c.—Este precepto que corresponde al artículo 839 de la vigente redacción permite expresamente a los herederos satisfacer al cónyuge viudo su parte en usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de deter-

minados bienes o un capital en efectivo, siendo esto último lo efectuado al atribuirle un conjunto de particiones de S. R. L., ajenas al carácter de bienes «in natura», en cuanto índices representativos de la partición de un capital, actuando de común acuerdo con el defensor judicial y además con la aprobación judicial.

Nuevo matrimonio del viudo. Transformación de las participaciones en acciones de S. A. Carácter de los dividendos y de las nuevas acciones adquiridas por derecho de suscripción preferente.—No puede accederse, sin más, a la declaración del carácter privativo de las participaciones o acciones adquiridas por el cónyuge viudo en las sucesivas ampliaciones de capital de la sociedad hoy convertida en anónima, dado que, en cuanto a los «beneficios» es indiscutible su configuración de frutos, no en el sentido de contraprestación al disfrute por otros de una cosa, pero sí como resultado de una actividad productiva de una organización económica coordinadora de una serie de elementos materiales y personales para que fructifiquen, incluibles en el núm. 3.º del derogado artículo 1.401 C. c.; en cuanto a la suscripción de nuevas acciones o a las ampliaciones de capital societario, aunque tengan su fundamento y origen en la cualidad de socio, es cierto que no pueden considerarse frutos o rendimientos del capital, y a los efectos de su calificación tendrán que tener la naturaleza del capital con el que se efectuaron, según establece la nueva redacción del artículo 1.352 C. c., lo cual deberá acreditarse cumplidamente, y no con simples argumentos dialécticos, estando en otro caso cubiertos por la presunción de ganancialidad, y, consiguientemente, bien porque no se probó de modo directo que son privativos, o bien porque funcionó la presunción de ganancialidad, el valor satisfecho será ganancial, que habrá de reembolsarse a los bienes comunes, pero manteniendo ese carácter con todas sus consecuencias si, como aquí sucede, no se llegó a hacer efectivo el reembolso.

Carácter de la indemnización percibida por el arrendatario por desalojo voluntario de la vivienda.—La cantidad de tres millones de pesetas percibida por el cónyuge viudo en virtud de contrato locativo anterior a su segundo matrimonio, ni está prevista en la L. A. U., ni supone una consecuencia necesaria del contrato que pueda autorizar la subrogación real, constituyendo una especie de contraprestación onerosa, voluntariamente pactada, por el hecho de acceder el arrendatario al cese de la relación locativa, ajena por completo a los supuestos de los números 3.º y 4.º del artículo 1.396; e incluye en la ganancialidad del 1.401, ambos en su anterior redacción. (Sentencia de 15 de junio de 1982; no ha lugar.)

Pleito bastante complejo, bien sistematizado en la Sentencia extractada (Pte. Beltrán de Heredia), cuyos hechos básicos tienen por trasfondo económico el gran desarrollo industrial de Vizcaya durante los años 1950-1970 y una situación de binubía por parte del protagonista principal del mismo, don Ignacio, quien en 1939 participa con 20.000 pesetas en una S. R. L. cuyo capital asciende a 50.000 pesetas. No se nos dice en qué momento contrajo

matrimonio, pero sí que en agosto de 1946 fallece su primera esposa, dejándole cinco hijos menores de edad. Para realizar las operaciones particionales se nombra defensor judicial a un hermano de la fallecida, finalizando aquéllas en la adjudicación al viudo de la totalidad de la participación indicada en la S. R. L. como pago de su mitad de gananciales y de la cuota usufructuaria, con la obligación de abonar a cada uno de sus hijos la suma de 31.758 pesetas en pago de lo que les correspondía en la herencia. En 1949 el viudo reitera matrimonio, del que nacerá un hijo. Mientras tanto, la empresa familiar, aparte de convertirse en S. A., realiza varias ampliaciones de capital con lo que la participación de don Ignacio llega a ser de 3.400 acciones en 1977. Poco antes el matrimonio había abandonado la vivienda que ocupaba en Bilbao, cuya titularidad arrendaticia ostentaba el marido antes de su segundo matrimonio, percibiendo la indemnización de tres millones de pesetas. En 1978 fallece don Ignacio bajo testamento, en el que deja el tercio de libre disposición a su segunda esposa, y los dos tercios restantes, por partes iguales, a los seis hijos de ambos matrimonios. Si hasta entonces los hijos del primer matrimonio se habían aquietado con la inicial partición de la herencia de su madre, en 1979 dicen advertir la gran fortuna de su padre y ejercitan tres acciones encaminadas, respectivamente, a obtener la nulidad absoluta de dicha partición, a que se declare el carácter privativo de determinadas participaciones y acciones del padre, y por último que también se declare el carácter privativo de la indemnización percibida con motivo del abandono del derecho arrendaticio. La demanda es rechazada en ambas instancias y el curso de casación igualmente desestimado.

La Sentencia extractada permite hacer diversas consideraciones:

1.ª Con carácter general, se conforma el dato de experiencia que las situaciones de binubia o reiteración de matrimonio, son proclives a suscitar conflictos, principalmente económicos, entre los miembros de ambas familias, que pueden paliarse si el bínubo, antes de volver a casarse, «arregla cuentas» con los hijos del primer matrimonio. Después de la Ley de Divorcio esas situaciones de reiteración de matrimonio conservando derechos hereditarios los hijos de las sucesivas uniones y posibles pensiones por desequilibrio el cónyuge o cónyuges sucesivos, van a incrementarse.

2.ª La necesidad de que las aprobaciones o autorizaciones judiciales en materia patrimonial familiar no sean meramente formularias. Es verdad que al protocolizarse el cuaderno particional en 1947 era difícilmente previsible el devenir económico de la empresa familiar; cabe pensar que el Juez al haber intervenido como defensor judicial un hermano de la madre difunta pudo pensar que no había perjuicio para los menores en la atribución de la totalidad de las participaciones sociales al padre, con asignaciones en metálico a los hijos. No era, sin embargo, difícil imaginar otras fórmulas jurídicas (distribución de la nuda propiedad y del usufructo universal entre los hijos y el padre, por ej.). Todo ello al margen de la innecesariedad de tal requisito.

3.º Sorprende el silencio de los actores en vida de su padre, prolongado por más de treinta años, lo que parece indicar que en ese período las relaciones fueron satisfactorias. Sin embargo —como se cuida de advertir el T. S.— los demandados no hacen valer la excepción de prescripción, aplicable en su caso a la acción por vicios de la partición, por ello las declaraciones recogidas sobre este tema sólo tienen valor *obiter*.

4.º No obstante la singularidad de la solución adoptada en el nuevo artículo 1.352 C. c. en relación con las nuevas acciones, el T. S. da por supuesto la aplicación retroactiva del mismo a hechos ocurridos con bastante anterioridad, lo que no deja de suscitar reservas.

G. G. C.

II. DERECHO MERCANTIL

65. *Valor probatorio de la confesión bajo juramento indecisorio.*—Reiterando una doctrina inveterada, vuelve a establecer el Tribunal Supremo que «la confesión, bajo juramento indecisorio, no [tiene un valor] superior a los restantes medios de prueba».

Nulidad de patente.—El artículo 46 EPI limita la materia susceptible de ser protegida a través de patente de invención a «todo perfeccionamiento que tenga por objeto modificar las condiciones esenciales de un procedimiento». Interpretando este precepto, señala el TS que queda fuera del concepto de patente «cualquier modificación de detalle, aunque suponga alguna ventaja sobre lo ya conocido». Con lo que, en el enfrentamiento entre un modelo de utilidad anterior y una patente de invención posterior, declara la nulidad de esta última, porque «no ha significado sobre el procedimiento descrito [por el modelo] alteración *esencial alguna*, ya que en ambos registros su objeto (...) está constituido por dispositivos disgregadores y limpiadores de fibras (...) con similares sistemas de funcionamiento y resultado final». El hecho de que el dispositivo objeto de la patente contenga un mecanismo de limpieza y de eliminación de impurezas no puede suponer, «por muy amplio criterio valorativo que se utilice», la modificación de condiciones, precisamente esenciales, de un procedimiento ya conocido que exige el artículo 46 EPI para que a un dispositivo mejorador se le otorgue la categoría de patente. (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 1982; ha lugar.)

66. *Confundibilidad de marcas.*—El artículo 124, I, 2.º EPI, no impone a los jueces «un principio de obligado e insoslayable cumplimiento que haría innecesario acudir a otros en [los casos de conflicto], sino que se limita a señalar ciertos supuestos de semejanza fonética que no impiden puedan tenerse en cuenta otros aspectos para apreciar si existen similitudes o diferencias de pronunciación, gráficas e incluso visuales en las marcas enjuiciadas, libertad estimativa y de valoración que tiene su respaldo tanto en el artículo tres, uno, del Código civil, como en la interpretación que del artículo ciento veinticuatro número uno viene siguiendo el Tribunal Supremo. (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

67. *Propiedad industrial. Modelos industriales. Diferencias con los modelos de utilidad.*—Unos y otros «modelos» son efectivamente distintos a los efectos del Estatuto de la Propiedad Industrial, por cuanto mientras los de «utilidad» van dirigidos fundamentalmente, y como de su denominación resulta, a mejorar en orden a su función y eficacia los instrumentos, aparatos, etcétera, para los que han sido ideados y a los que se adaptan, los «industriales» son más bien obras o creaciones artísticas que afectan primordialmente al aspecto estético procurando mejorar a la vez que hacer más sugestiva la apariencia del instrumento, aparato, etc., al que se aplica.

Requisitos. Originalidad y novedad.—Ambas clases o categorías de «modelos» tienen en común dos rasgos para su eficacia y validez, a saber, la originalidad, que además de no ser copia o imitación de otro tipo supone una aportación de rasgos que individualizan y definen el modelo, y la novedad que lleva consigo la nota de lo que no es conocido, de aquello que no existía antes; ambos requisitos exigen para su estimación o rechazo un juicio comparativo o referencial, que es precisamente lo que ha realizado el Tribunal *a quo*, quien llega a la conclusión de que los rasgos del modelo objeto del proceso, no son esenciales ni pueden constituir la novedad exigible según el artículo 188 del Estatuto de la Propiedad Industrial; declaración que constituye un juicio de valor impugnabile en casación por la vía del núm. 1.º del artículo 1.692 L. e. c., más dado que esa estimación lleva en sí una facultad u operación de distinguir lo que, a su vez, supone un compulsar con algo, es evidente que tal actividad de comparación implica una cuestión de hecho, sólo atacable por la vía del núm. 7.º del citado artículo, lo que no se ha llevado a cabo por el recurrente.

Nulidad de inscripción. Medios probatorios.—Al Tribunal sentenciador no le viene impuesto por ningún precepto del Estatuto que el juicio sobre la novedad haya de fundarse en documentos, ya que al establecer el núm. 5.º del artículo 270, que en lo no previsto en las reglas procesales que dicho precepto contiene, el procedimiento se ajustará a lo establecido en la L. e. c., queda autorizado el juzgador para hacer uso de cualquier medio probatorio. (Sentencia de 26 de octubre de 1982; no ha lugar.)

68. *Prohibición de concurrencia de administradores de sociedades competidoras.*—El artículo 83 II LSA dispone: «Los administradores que lo fueren de otra sociedad competidora (...) cesarán en su cargo a petición de cualquier socio y por acuerdo de Junta general». El T. S estima, interpretando este precepto, que la mera identidad de las actividades que constituyen el objeto social de dos sociedades por acciones competidoras no es por sí misma razón suficiente para entender incurso en la prohibición del artículo a un administrador que lo es de dos sociedades. Es necesaria —señala el TS— una cuidada ponderación de las circunstancias de cada caso: no basta acudir al criterio de la identidad de las operaciones, «ya que no es insólita la alianza o concentración de sociedades del mismo género, razón por la cual el legislador remite —continúa diciendo el Tribunal— la solución

del problema al órgano soberano de la sociedad que se entiende perjudicada con dicha situación en la que late una oposición de intereses, que es también la pauta seguida en el derecho comparado (art. 2.390 del Código civil italiano y 101 de la ley francesa sobre el particular)». (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1982; no ha lugar.)

NOTA.—El artículo 75 LSA establece que la «separación de los administradores podrá ser acordada en cualquier momento por la Junta General». En virtud del principio bien afirmado en nuestra cultura jurídica según el cual el legislador en principio no es redundante podemos llegar a la conclusión de que el artículo 83, II, no deja al arbitrio de la Junta la revocación o destitución de los administradores que también lo sean de la sociedad competidora, pues este caso —como cualquier otro— ya estaría contenido en el artículo 75. A nuestro juicio, más bien, el artículo 83, II prescribe que, verificada la incompatibilidad, la Junta, lo quiera o no, deberá acordar la destitución, independientemente de que el acuerdo sea beneficioso o no para la sociedad. Evidentemente incumbe a la Junta general determinar o no si existe en el caso concreto incompatibilidad o lo que es lo mismo competencia económica entre las dos sociedades mas como no se trata de una declaración de voluntad, sino de una declaración de ciencia —un negocio de verificación (*accertamento*)— sus decisiones son plenamente revisables por la justicia. La razón de fondo de esta interpretación radica en este hecho muy sencillo: el interés tutelado por la norma del artículo 83, II, no es el interés social *qua* interés privado, sino el interés público. Este interés público aquí protegido tiene múltiples dimensiones ahora, sin embargo, nos interesa subrayar una muy concreta: la relativa al orden público económico. Un principio fundamental de nuestro sistema jurídico es el principio competitivo o de protección del sistema de mercado (cfr. art. 38 Const. y LRPRC de 1963). A la luz de este principio se impone una interpretación «conforme a mercado» (*marktkonforme*) de todo el derecho privado, de modo que, aun no siendo una situación *antitrust* tipificada esta que nos ocupa, el supuesto de hecho y la norma del artículo 83, II, debe ser construidos de manera de tal que se limiten al máximo las posibilidades de conductas colusorias.

C. P. A.

69. *Convocatoria de Junta General de Sociedad Anónima por el Presidente.* Entiende el Tribunal Supremo —y así lo argumenta— que del artículo 56, I, LSA, no se deduce que inexcusablemente hayan de convocar las juntas extraordinarias los administradores. De dicha norma simplemente se infiere que ellos quedan facultados para proceder a la convocatoria, mas ello no excluye las facultades que al Presidente se pueden conceder en los Estatutos en orden a la convocatoria y constitución de las juntas de socios, como lo pone de relieve inequívocamente el artículo 11, I, LSA, que exige como una de las menciones de la escritura de constitución de la SA la relativa a los «plazos y formas de convocar y constituir las juntas de socios, tanto ordinarias como extraordinarias». Se deja, por consiguiente, margen suficiente para la validez de una cláusula estatutaria que faculte al Presidente para convocar la junta; y para los acuerdos doptados en las asambleas así convocadas. (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1982; no ha lugar.)

70. *Impugnación de acuerdo social por infracción del artículo 59 LSA.*— Este precepto exige como requisito para la asistencia a la Junta general la inscripción de las acciones en el libro de socios (si se trata de títulos nominativos) o el depósito de las mismas (en caso de que sean al portador)

con cinco días de antelación a la celebración de la Junta. La Audiencia ha estimado —y su juicio resulta ratificado por el TS— que el rigorismo establecido por el artículo 59 LSA no es exigible en aquellos supuestos en los que «se trate de acciones que aun previstas para ser emitidas al portador no han llegado a ser puestas en manos de sus suscriptores para quien su derecho legitimador queda plasmado en la asignación numeral de las mismas en la escritura de constitución de la sociedad o en las de ampliación del capital, tales títulos de participación resultan inseparables de las escrituras y del nombre de sus suscriptores, a quienes no se puede exigir su presentación y depósito identificatorio cuando los administradores sociales en funciones saben que el cumplimiento de tales requisitos es imposible para dichos accionistas». (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1982; no ha lugar.)

NOTA.—La doctrina transcrita se explica en el contexto de una sociedad anónima cerrada, que venía funcionando a través del mecanismo de la Junta universal y en la que sucesivamente se produjo un conflicto con uno de los socios, al que se quiso excluir de una Junta general extraordinaria —y se excluyó— alegando el no haber hecho el previo depósito de los títulos; depósito éste que era imposible habida cuenta que la sociedad no había entregado las acciones, ni los resguardos provisionales de las mismas.

C. P. A.

77. *Disolución de sociedad de responsabilidad limitada por paralización de órganos sociales.*—Esta sentencia contempla aquellos supuestos de sociedades integradas por sólo dos socios, cuyas participaciones y facultades administrativas son idénticas y en las que surgen desacuerdos que revisten el carácter de graves y permanentes. En tales situaciones —señala el TS— puede acordarse la disolución judicial de la sociedad, a petición de un socio y aun con la oposición del otro. La razón de la disolución se halla en el hecho de que en semejante tesitura no es posible adoptar ningún tipo de decisiones que permitan el desarrollo regular de la empresa y la realización, por consiguiente, del fin social. Tal hipótesis —resuelve el TS, ratificando la doctrina de la STS de 3 de julio de 1967— ha de estimarse comprendida en el artículo 30, 2.º LSRL, toda vez que en el mismo se contiene «una fórmula genérica para todos aquellos supuestos que verdaderamente sean de trascendencia y, de hecho, y con sujeción a las reglas del criterio humano, produzcan el colapso de la vida de la compañía, imposibilitando su normal funcionamiento de manera permanente y definitiva». (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1982; no ha lugar.)

NOTA.—En esta resolución se enfrenta el TS con un supuesto solutivo típico de las denominadas «sociedades de capitales cerradas» (y a estos efectos lo mismo importa que se trate de una sociedad de responsabilidad limitada que de una «sociedad anónima familiar»). La sentencia, por lo demás, no hace sino reafirmar la tesis ya mantenida por el TS en múltiples decisiones anteriores, a tenor de la cual la *permanente e insanable discordia entre los socios* cae dentro de la «imposibilidad manifiesta de realizar el fin social» a la que, como causa de disolución, se refiere el artículo 30, 2.º LSRL, y el artículo 150, 2.º LSA. La subsunción de la riquísima constelación de casos que va bajo la rúbrica de «parálisis de los órganos sociales» dentro de los preceptos referidos de la LSRL y LSA efectuada por el alto colegio resulta técnicamente impecable y la avala toda la literatura especializada que

se ha ocupado con un mínimo de detenimiento de esta problemática (Senén de la Fuente, Girón, Uría, Garrigues, Cámara, etc.) Incluso es admitida por algunos autores de otros ordenamientos que, como el italiano, han previsto típicamente el supuesto de parálisis (cfr. art. 2.448, 3.º *Codice Civile*), al lado de la «imposibilidad de realización del objeto social» (cfr. G. FERRI, *Delle società*, en A. SCIALOJA y G. BRANCA (eds.), *Commentario del Codice civile*, Roma-Bologna², 1968, p. 220. Este autor viene a decir que en realidad la hipótesis solutiva de parálisis por conflictos intracorporativos ya está contenida en la más general a la que hace referencia la imposibilidad de conseguir el objeto social). Dicho esto, sin embargo, estimamos que es necesario delimitar teleológicamente el modo de operar de esta causa, es decir, cuándo habrá que recurrir a ella; qué condiciones debe reunir la disensión entre los asociados para que pueda alcanzar eficacia disolutoria; y, por último, en qué circunstancias es jurídicamente relevante desde el punto de vista de la norma de cobertura la disensión como causa de disolución. Puntualizando estos tres extremos podremos precisar adecuadamente las características del supuesto de hecho relevante y evitar un recurso indiscriminado a la solución extintiva de la sociedad. Desde este punto de vista y únicamente bajo algunos aspectos nos separamos de la opinión sostenida por el TS que, a nuestro juicio, se halla acaso demasiado aferrada a la consideración del *principio intuitus* en las sociedades cerradas (principio ese, cuya relevancia tipológica resulta cada vez más puesta en duda por los especialistas del derecho de sociedades). A nuestro juicio, la clave de la solución de este problema deberá encontrarse —de acuerdo, por otra parte, con la *ratio* que inspira a los artículos 30, 2.º LSRL, y 150, 2.º LSA— en lo que podríamos llamar *principio de rendimiento*. Hechas estas salvedades podemos ya considerar la primera cuestión que tenemos pendiente: (1) ¿Cómo opera esta causa? ¿Cuándo cabe otorgar efectos solutivos a la hipótesis que nos ocupa? A este respecto es imprescindible indicar que el recurso a la disolución debe reputarse siempre y en todo caso como *remedio último*, utilizable, por consiguiente, sólo a condición de que falten otros mecanismos que puedan resolver los conflictos y que —y éste es el punto fundamental— permitan conservar la sociedad y su empresa: en este sentido *podrá* recurrirse previamente al arbitraje (como entre nosotros ha señalado especialmente Muñoz); y *deberá* llegarse —como han hecho los jueces franceses, postula la doctrina alemana (v. g. Immenga) y establece alguna legislación americana (p. ej., Carolina del Norte)— a admitir que la oferta de compra de su participación social priva al demandante de su acción de disolución e incluso que habría que ofrecer esa adquisición a los consociados antes de ejercerla (cfr. J. M. MUÑOZ PLANAS, «Problemas de arbitraje en materia de sociedades mercantiles», en *Estudios en homenaje a R. Uría*, Madrid, 1978, pp. 488-493; y V. IMMENGA, *Die personalistische Kapitalgesellschaft*, Bad Homburg 1970, p. 341, ambos con las informaciones suplementarias dadas). Mas sobre todo y teniendo muy en cuenta que como dice Immenga es inadmisibles la disolución social nor parálisis funcional en los casos —muy frecuentes, por cierto— en que el bloqueo beneficia los intereses de una de las partes en conflicto; sobre todo en estos supuestos *deberá* recurrirse previamente al expediente de la disolución parcial, admitido por el artículo 31 LSRL, que remite, entre otros, a la cláusula general dispuesta por el artículo 218, 7.º C. de c., con lo cual nos aproximáramos a las soluciones «conservativas» del derecho alemán (cfr. IMMENGA, *op. cit.*, pp. 339-340). Ciertamente el recurso a la exclusión únicamente podrá hacerse cuando proceda positivamente (aunque con toda probabilidad procede en todo tipo de conducta que revista el carácter de incumplimiento grave de las obligaciones sociales, entre las que se cuenta el deber de fidelidad: cfr. R. GARCÍA VILLAVERDE, *La exclusión de socios*, Madrid, 1977, p. 257). Esta solución no está prevista respecto de las sociedades anónimas, y entienden los autores que, al ser una disciplina *completa* la contenida en la LSA, no resulta aplicable a tales sociedades el ya citado artículo 218, 7.º C. de c. (v., por todos GARCÍA VILLAVERDE, *op. cit.*, p. 253); a nuestro modo de ver, sin embargo, aun dando por correcta la opinión re-

ferida respecto de los casos normales, en los supuestos de «sociedades anónimas cerradas» acaso debiera intentarse la aplicación analógica del artículo 31 LSRL, por tratarse ambos de tipos personalistas con estructura corporativa (en este sentido se ha pronunciado, aunque con carácter indiferenciado y con argumentos más éticos que jurídicos, RODRÍGUEZ SASTRE, «Exclusión de un accionista de sociedad anónima», en RDP 1975, pp. 489-490, según infiero de un largo texto que de este trabajo reproduce Rafael García Villaverde) (2). ¿Que condiciones debe reunir la disensión entre los asociados para que pueda alcanzar eficacia disolutoria? A este respecto no es necesario más que indicar, porque en este punto se muestra de acuerdo toda la literatura y la jurisprudencia, que las desavenencias que motivan el conflicto intracorporativo deben ser *graves* (o «manifiestas» para utilizar la palabra de la ley) y deben de revestir carácter *definitivo*. Evidentemente se tratará de un juicio de hecho, pero su parámetro muy bien puede ser el indicado por el TS: que «produzcan el colapso de la vida de la compañía» (a los efectos de este punto bastará remitirse a G. SENÉN DE LA FUENTE, *La disolución de la sociedad anónima por paralización de los órganos sociales*, Madrid, 1965, pp. 199-203 e *ibi* información ulterior) (3). ¿En qué circunstancias es jurídicamente relevante desde el punto de vista de la norma de cobertura la disensión como causa de disolución? A fin de evitar un uso indiscriminado (y disfuncional) de esta hipótesis solutiva es preciso averiguar la *ratio* del supuesto; esto es, *indagar por qué la disensión intracorporativa es relevante jurídicamente*, pues, evidentemente sólo en tales casos deberá darse curso judicial a la disolución. Este interrogante puede ser atendido de muy diversas maneras: (a) Se podría sostener, en primer lugar, la tesis de que únicamente existe imposibilidad de funcionamiento de la sociedad (y por tanto, claro está, de realización del fin social) en aquellos supuestos en los que el funcionamiento de los órganos es relevante legalmente, porque legalmente es necesario tomar una decisión que —a causa de los conflictos internos— no se logra adoptar: es el caso del balance y las cuentas, cuya aprobación anual es exigida por los artículos 27 LSRL y 50 LSA (así, respecto del derecho italiano, A. MAISANO, *Lo scioglimento delle società*, Milano, 1974, p. 111). Este planteamiento tan reductivo, que sólo con dificultades puede admitirse en el seno del ordenamiento italiano, no se ajusta al derecho positivo español: a la vista de los artículos 30, 2.º LSRL y 150, 2.º LSA, no nos debemos preguntar si la decisión de la junta es necesaria positivamente (éste es otro problema), sino y únicamente si la falta de decisiones de la asamblea (no de los administradores que, según los artículos 75 LSA y 12 LSRL, son revocables *ad nutuum*) conduce a la imposibilidad práctica de conseguir el fin social. (b) Frente a esta tesis restrictiva cabría pensar también que cualquier tipo de conflicto grave y permanente entre los socios debe zanjarse por la vía solutiva de la sociedad como es la doctrina mantenida por el TS en la resolución que anotamos y sobre todo en su sentencia de 3 de julio de 1967. De ellas se infiere la que podríamos denominar *teoría del funcionamiento normal*, a tenor de la cual *cualquier desviación de los standards de funcionamiento de las sociedades bien avenidas* (y con independencia de los efectos económicos —positivos o negativos— a los que conduzca) vendría a integrar todos los requisitos que son necesarios para proceder a la disolución (no se olvide en este sentido que la sociedad disuelta en la sentencia mencionada había conseguido, según balance, unas generosas ganancias). A mi juicio el TS funda prevalentemente esta causa de disolución en el principio del *intuitus personae*, y así la entiende verificada cuando desapareza de manera grave la confianza y la concordia entre los socios, aunque los negocios sean prósperos. Y si esto es así me parece que la tesis del alto Tribunal se desvía en cierto modo de la norma de cobertura que habla de imposibilidad de realizar el fin social, pues evidentemente siempre que medien beneficios hay efectiva realización del fin social (y al respecto es indiferente que se entienda el fin social como objeto social o como fin de lucro: a nadie se le oculta que siempre que las cuentas arrojen ganancias se está realizando la empresa [sobre la dudosa conveniencia de esta distinción, v. J. GIRÓN TENA,

Derecho de Sociedades, Madrid, 1976, I, pp. 203-204]. (c) A nuestro modo de ver habría que encontrar una solución intermedia entre los planteamientos —estricto y amplio— anteriormente esbozados; una vía intermedia que pudiese el acento en la relación de causalidad entre los conflictos intracorporativos y lo que Immenga denomina una *inmediata puesta en peligro de la economía de la sociedad*. En esta línea, por lo demás, es en la que se mueven los ordenamientos más avanzados, como el alemán (cfr., por todos, IMMENGA, *Die personalistische*, cit., p. 339); el americano, en el que los tribunales —siempre dentro del ámbito que aquí nos interesa: las sociedades anónimas cerradas— decretan la disolución sólo cuando las desavenencias internas impiden a la sociedad «operar ventajosamente» (cfr. F. H. O'NEAL, *Close Corporations*, Mundelein (Illinois), 1971, II, p. 96 del cp. 9); o el francés, en el que la jurisprudencia ha sufrido un cambio desde posiciones tradicionales ancladas en el principio *intuitus* hacia posiciones en las que la *ratio* disolutoria se ha trasladado al principio que hemos llamado el rendimiento (de poner acento en el contrato social se pasa a ponerlo, como dice Champaud, en «la paralysie de l'entreprise sociale»: cfr. C. CHAMPAUD en la crónica de legislación y jurisprudencia de la RTDC, 1968, pp. 361-362; y aprobando tales planteamientos. entre nosotros, MUÑOZ PLANAS, «Problemas de arbitraje...», cit., p. 489).

Cándido PAZ-ARÉS

72. *Formación de la Cuenta de pérdidas y ganancias de la sociedad anónima*.—La sujeción de una sociedad en la elaboración de sus cuentas al Plan General de Contabilidad de la Pequeña y Mediana empresa (Decreto 2.822/1974, de 20 de julio) no excusa el estricto cumplimiento de las normas de contabilidad de la LSA (y concretamente del art. 105, B), 1, 2 y 4, que es el caso de autos). «Cualesquiera que sean las censuras —señala el TS— a que resulta acreedor el Derecho contable, debe no obstante ser aplicado en cuanto se halla en vigencia». Lo que por otra parte es perfectamente compatible con la adopción del Plan general, que no constituye un conjunto de normas rígidas. El uso del Plan no representa «obstáculo alguno para que dentro del mismo se preste el obligado acatamiento a la LSA, de tal suerte que es perfectamente compatible la sujeción al Plan y la obediencia al mandato de la ley según se demuestra con las Instrucciones para la redacción del balance (...), a cuyo tenor cuando en cumplimiento de lo preceptuado en disposiciones (...) de carácter legal (...), las empresas vinieren obligadas a incluir en su balance determinadas cuentas representativas de situaciones específicas, incorporarán al modelo establecido las cuentas que sean necesarias». (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1982; ha lugar.)

73. *Sociedades anónimas. Impugnación de acuerdos sociales. Doctrina general sobre el momento de la litispendencia*.—La doctrina de los procesalistas mantiene, con raras excepciones, que la litispendencia comienza con la interposición de la demanda ante el órgano jurisdiccional, rechazando las opiniones que ponen tal inicio en la citación, emplazamiento o la contestación a la demanda, lo primero por suponer una adaptación a legislaciones extranjeras contrarias a nuestras normas procedimentales, y lo segundo, por entrañar una arcaica reminiscencia de la concepción cuasicontractualista del proceso —cuasicontrato de *litis contestatio*— que se producía al contestar la interpelación judicial contraria; en consecuencia, presentada la demanda y admitida por el órgano jurisdiccional, la *litis pendencia* co-

mienza a producir sus efectos, hasta tal punto que la posición inicial del demandante es inalterable en lo fundamental, salvo la posibilidad contenida en el artículo 548 LEC, y en tal sentido es unánime la jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que el proceso ha de resolverse teniendo en cuenta la situación jurídica objeto del pleito tal y como se hallara en el momento de la presentación de la demanda, si ésta es admitida a trámite. (Sentencia de 25 de febrero de 1983; no ha lugar.)

74. *Liquidación parcial de sociedad de responsabilidad limitada.*—No puede acordarse una liquidación parcial de la SRL sin que previamente se haya procedido a la «extinción parcial de la misma —evidentemente quiere referirse el Tribunal a la «disolución»—, a través de la exclusión voluntaria de parte de los socios». (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1982; ha lugar.)

75. *Administrador de sociedad. Facultad de avalar.*—El administrador de la demandada tenía delegadas las siguientes facultades de los Estatutos: «transigir, librar, aceptar y negociar documentos mercantiles y de giro o tráfico, así como otorgar cuantos documentos sean necesarios en interés de la sociedad». El Tribunal Supremo señala que con dichas facultades el administrador puede realizar avales en cuanto éstos se enmarcan en el amplio concepto de «librar, aceptar y negociar documentos mercantiles y de giro o tráfico».

Al establecer el artículo 447 del Código de Comercio la exigencia de poder a cuantos pongan firmas en nombre de otro, sienta la excepción lógica de que dicho poder no será necesario y los administradores de las compañías estarán autorizados para ello «por el solo hecho de su nombramiento. (Sentencia de 20 de diciembre de 1982; no ha lugar.)

76. *Sociedades cooperativas. Normativa aplicable.*—A falta de la legislación adecuada sobre sociedades cooperativas a que se refiere el artículo 129, 2 de la Constitución de 1978, se rigen actualmente por el Reglamento aprobado por Real Decreto 2710/1978, de 16 de noviembre, algunas de cuyas disposiciones transitorias, pertinentes a la adaptación de los Estatutos principalmente, declaró en suspenso el Real Decreto 2848/1979, de 21 de diciembre, Reglamento que desarrolla la Ley 52/1974, de 19 de diciembre, General de Cooperativas; siendo de resaltar para las que, como la aquí recurrente, se constituyeron con anterioridad a ambas disposiciones generales que, por efecto de lo dispuesto en el número 4 de la disposición transitoria tercera reglamentaria, a partir de la entrada en vigor del Reglamento los Estatutos de las Cooperativas se entenderán en todo caso modificados y completados por cuantas disposiciones de carácter imperativo se contienen en el mismo, inscribiéndose entre ellas, sin duda alguna, el artículo 96.

Acuerdos sociales.—Si bien la Asamblea General es el órgano supremo de expresión de la voluntad social, como señala el artículo 23, 1 de la Ley

General, es claro que tales acuerdos tienen el límite que reclama el manifiesto interés de la generalidad de los socios y que se aloja en el principio de la igualdad de todos ellos, sin discriminación alguna por el tiempo de ingreso en la entidad.

Cuestión nueva.—El motivo debe ser rechazado sin más que comprobar que se funda en hecho nuevo.

Costas.—Deben ser impuestas en su totalidad a la sociedad cooperativa recurrente porque en el procedimiento de impugnación en que se ha suscitado, regulado en el número tres del artículo 54 reglamentario, la Ley de Enjuiciamiento Civil es supletoriamente aplicable por así disponerlo la norma 12, siendo también de notar al mismo respecto de las costas del recurso que la norma 9 otorga el de casación por infracción de ley o de doctrina legal o por quebrantamiento de forma contra la sentencia que en la única instancia dicte la Audiencia, sin introducir respecto al régimen de dicho recurso salvedad o especialidad alguna, con lo que resulta aplicable el artículo 1.748 de dicha Ley en cuanto pertinente a las costas y, finalmente, que la norma 11, al regular las costas, dispone que para las causadas en los recursos en general se esté a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, con lo cual nuevamente resulta aplicable aquel artículo 1.748. (Sentencia de 26 de enero de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—La Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo consideran nulo el acuerdo adoptado por la Asamblea General de una sociedad cooperativa consistente en sortear treinta plazas de garaje con exclusión de trece socios cooperativistas, atendiendo exclusivamente al criterio de antigüedad de incorporación a la sociedad cooperativa.

77. *Interpretación del contrato.*—Al ser privativa de la Sala de Instancia sólo es casacionalmente revisable cuando aparezca manifiestamente infringido alguno de los preceptos interpretativos contenidos en los artículos 1.281 a 1.289 del Código civil, normas hermenéuticas que ni siquiera los recurrentes aducen, interpretación, por ende, que ha de ser mantenida en tanto no devenga ilógica, arbitraria, contradictoria o vulneradora de algún precepto legal.

Confesión judicial.—La existencia de afianzamiento, en los términos indicados, está plenamente reconocida por los demandados aquí recurrentes en prueba de confesión judicial, declaración hecha por el Juzgador que no se combate por el único cauce procesal lícito para impugnarla, que es el del ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal.

Cofianza.—Los efectos de tal liberación aparecen previstos en el inciso D) de la escritura pública, que regula las reclamaciones entre los cofiadores, de producirse tal evento, pero sin mermar el derecho del acreedor para dirigirse contra cualquiera de los avalistas para hacer efectivos sus créditos,

consecuencia lógica del carácter solidario de la obligación asumida por éstos, que permite al acreedor accionar contra cualquiera de ellos para resarcirse del reintegro del saldo resultante, visto el contenido del artículo 1.144 del Código civil, más aún cuando, como en el cuarto de los considerandos de la Sentencia del Tribunal «a quo» atinadamente se razona, la demandante ha ido reduciendo el importe de lo reclamado de acuerdo con la responsabilidad que pesaba sobre los fiadores a los que ha ido liberando, que no pueden pretender que su responsabilidad se haya extinguido respecto de la cantidad que resulta adeudada; todo ello sin perjuicio de las acciones que los deudores condenados en sentencia firme puedan ejercitar contra los cofiadores liberados, de acuerdo con el artículo 1.844 del mismo Código. (Sentencia de 2 de febrero de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—Un Banco prestó a una cooperativa de viviendas una determinada suma de dinero. Las obligaciones del préstamo asumidas por la cooperativa fueron garantizadas solidariamente con ella y entre sí por los restantes demandados. Al ser devuelta al Banco sólo una parte de la cantidad prestada, éste demandó a la cooperativa y a sus fiadores con el objeto de que le pagasen la totalidad de la suma adeudada con los intereses y comisiones. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial acogieron la demanda. No prospera el recurso de casación.

78. *Mercantilidad de las compraventas agrícolas.*—En la presente resolución, el Tribunal Supremo se hace eco del desfase del artículo 326, 2.º, Código de Comercio, en un momento de progresiva industrialización de la actividad agrícola. Y en este sentido señala que la exclusión operada por el citado precepto de la compraventa agrícola del ámbito jurídico mercantil, si bien tenía «una justificación en la época de la codificación, cuando las operaciones de cultivo no pasaban de rudimentarias y se insertaban las más de las veces en una economía de subsistencia, no es válida para las explotaciones de hoy, desarrolladas en una verdadera empresa agraria; a pesar de lo cual —y en respeto del principio de legalidad, dice tajantemente el juez de casación— es innegable que el precepto sigue vigente y con prevalencia frente a la norma» del artículo 325 C. de C. (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1981; no ha lugar.)

79. *Mercantilidad de la compraventa.*—El juzgador de casación entiende que para que «se produzca, fáctica y jurídicamente, situación de compraventa mercantil» es absolutamente imprescindible que se «trate de la compra de cosas muebles para revenderlas», según se desprende del artículo 325 C. de C. Por ello, al haberse adquirido un producto de una *empresa* por don S. S. G., no para ser revendido, sino para ser aplicado al «raseado de los techos y paredes del edificio en construcción», nos encontramos ante un negocio *estrictamente civil*, al que, consiguientemente, no resulta aplicable el C. de C. El Tribunal Supremo argumenta su posición al decir que «estando influido nuestro Código de Comercio, para calificar la compraventa mercantil, no por el sistema subjetivo, en el cual es venta mercantil

toda venta que sea acto de comercio para el vendedor o para el comprador, o para ambos, y que tenga por objeto mercaderías o títulos valores, sino por el sistema objetivo, en que se prescinde de la profesión del sujeto contratante para atender sólo a la intención de ese sujeto, de tal manera que se sustituye el concepto de compra profesional por el concepto de compra de especulación, de modo que la compraventa mercantil descansa no sobre la venta misma, sino sobre la venta de lo comprado, manteniéndose así al respecto en el Código de Comercio, concretamente a medio de su artículo 325, el concepto económico como instrumento jurídico de mediación entre los que producen y los que consumen, con dominio en consecuencia de la finalidad mediadora, que se exterioriza en la reventa de la cosa mueble comprada, de tal modo que la intención pasa a ser lo esencial, mientras que la profesión del que compra o vende pasa a ser elemento secundario e irrelevante». Intención esa que se desdobra en un doble propósito «por parte del que compra, cual es el de reventa y el propósito de lucrarse en la reventa». Todo lo cual conduce a la estricta conclusión de que únicamente será compraventa mercantil aquélla efectuada *para revender*. (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1981; no ha lugar.)

80. *Valor de la carta de porte en el contrato de transporte.*—La carta de porte no es un requisito obligatorio e ineludible del contrato de transporte, pues del artículo 353 C. de C. sólo dice que «tanto el cargador, como el porteador (...) *podrán exigirse* mutuamente que se extienda una carta de porte...». De ello no puede inferirse racionalmente otra cosa que no sea el carácter meramente *facultativo* de dicho documento. Por consiguiente, su ausencia —la de la carta de porte— «no obsta a la realidad del contrato, como también de modo expreso se establece en el artículo 354 C. de C. que autoriza entonces a utilizar otros medios de prueba para acreditar no sólo su existencia, sino asimismo su contenido». (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1982; no ha lugar.)

81. *Contratos de carga y descarga y de transporte terrestre. Doctrina general sobre unidad o pluralidad de contratos.*—Las cuestiones acerca de la nulidad o pluralidad de contratos han de resolverse desde la óptica de las causas, por ser la diversidad de éstas la que introduce la correlativa pluralidad de contratos, mientras que bajo una causa única puede acogerse una multiplicidad de prestaciones heterogéneas, mas sin que ese dato fraccione el contrato único.

Autonomía del contrato de carga y descarga.—Aunque cabe afirmar la unidad del contrato de transporte marítimo acogiendo las fases iniciales y finales a calidad de accesorias, con todo no puede desconocerse que también toda esa serie de operaciones preliminares y finales que preparan o ponen término al desplazamiento marítimo e inician el terrestre (depósito, almacenaje, manutención, peso, separación, clasificación, despacho, desplazamientos dentro del área portuaria, etc.), los accidentes que los caracterizan, el ritmo que el moderno tráfico marítimo les exige, la administrati-

vización de los servicios de carga y descarga, el peculiar régimen laboral de las faenas, y otros factores, desembocan a veces en el alumbramiento de una causa verdaderamente autónoma respecto del transporte marítimo, cuanto más del terrestre que le sigue o no, debiendo registrarse la existencia de empresas independientes de las de transporte y específicamente dedicadas al objeto de la carga y descarga, designadas por el porteador o por el cargador o receptor, casos éstos en que el contrato adquiere un relieve incuestionable desprendiéndose limpiamente de los de transporte, no debiendo descartarse tampoco la posibilidad de mantener la misma autonomía del contrato de carga y descarga, con las mismas partes que en el de transporte marítimo o terrestre, si así ha sido pactado, configurándose un contrato singular perteneciente al amplio género de la *locatio operis* y formando dentro del mismo una modalidad atípica integrada por prestaciones de naturaleza no sólo variable, sino también heterogénea y aún propia de otras figuras jurídicas.

Tratamiento restrictivo de la prescripción, incluso en el ámbito mercantil. Según doctrina establecida por las Sentencias de 17 diciembre 1979, 16 marzo 1981 y 8 octubre 1982, la prescripción, como limitación al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, excluye una aplicación rigorista por ser una institución que, por no hallarse fundada en la justicia intrínseca, debe merecer un tratamiento fuertemente restrictivo, y ello aún en materia mercantil, pues por grandes que son las exigencias de rapidez y liquidez del tráfico de esa naturaleza, que se traducen además en que los actos admitidos para el efecto de la interrupción no sean tantos como los conocidos en el tráfico civil (así el artículo 1.973 C. c. en contraste con el artículo 942 C. com.), en el presente caso el plazo del artículo 951 C. com. merece una aplicación estricta a los fletes y portes. (Sentencia de 31 de enero de 1983; no ha lugar.)

Merece destacarse la proclamación de que también en materia mercantil el instituto de la prescripción debe ser aplicado restrictivamente por no ser de estricta justicia, así como la doctrina general relativa a la unidad o pluralidad de contratos, que tanta diversidad de criterios ofrece a nivel científico.

82. *Fijación de la fecha de retroacción de los efectos de la quiebra.*— El Tribunal Supremo parece inclinarse en esta sentencia por entender el artículo 1.024 C. de C. de 1829 (vigente como es sabido por disciplinar aspectos procesales de la quiebra) en el sentido de que autoriza o deja al arbitrio del juez la fijación de la fecha a la que habrán de retrotraerse los efectos de la quiebra. Se señala además que la declaración de quiebra no asume un carácter condicional, porque en ella se establezca «con la calidad de por ahora y sin perjuicio de tercero» la fecha de retroacción. (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1982; no ha lugar.)

III. DERECHO PROCESAL

83. *Competencia. Ingreso en la Asociación de Prensa.*—El actor había solicitado el ingreso en la Asociación de Prensa de San Sebastián, siendo rechazada su solicitud, por la que acudió al entonces existente Tribunal Central de Amparo, que declaró su derecho a ingresar en la citada Asociación y solicitaba ahora en su demanda se obligara a la Asociación a pasar por dicho acuerdo.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, la Audiencia la revocó y el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación.

El Tribunal Supremo establece que la competencia para conocer de la materia planteada no es de los tribunales ordinarios, sino del Ministerio de Trabajo que ha asumido las funciones y competencias que correspondían al hasta entonces Ministerio de Relaciones Sindicales, correspondiendo al citado Ministerio de Trabajo las facultades de ejecución de las decisiones de los Tribunales de amparo extinguidos cuyas respectivas competencias aquel ente ministerial asumió. (Sentencia de 6 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

84. *Acto de conciliación. Exclusión de su celebración.*—Las diligencias preparatorias de ejecución seguidas sin efecto, por no haberse reconocido la firma ni la deuda, excusan de la celebración del acto de conciliación previo al juicio declarativo subsiguiente, cuyo objeto sea la reclamación de la deuda, por ser este juicio consecuencia de aquéllas y alcanzarle la excepción del artículo 460, número 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Omisión de acto de conciliación. Efectos y subsanación.—La omisión del acto de conciliación produce efectos estrictamente procesales, por lo que una impugnación basada en dicha omisión no puede prosperar, pues las actuaciones practicadas sin este requisito son válidas y subsistentes, precisándose sólo que se perfeccionen con la celebración del acto de conciliación en cualquier estado del pleito en que se note su falta; referencia sólo aplicable a la primera instancia, por lo cual la falta de conciliación no puede prosperar en vía impugnativa.

Contrato de descuento. Doctrina general.—El contrato de descuento comercial o financiero, definido en la Sentencia de esta Sala de 21 de junio de 1963, se repute como simple operación económico-financiera de naturaleza mercantil, o como contrato de préstamo singular y específico, es negocio que genera acción de repetición contra el descontado por el importe que el descontante anticipó, pues se concierta siempre «salvo buen fin».

Deuda de intereses. «Dies a quo».—Los intereses deben referirse a la fecha de los protestos, ya que, al tratarse de deudas mercantiles y a plazo, no era preciso requerimiento extrajudicial para el efecto de la mora, pero

además los protestos significan, para la persona con quien se entienda la diligencia y para los coobligados solidariamente, no sólo la función de constatar la falta de pago, sino también la exigencia extrajudicial del cumplimiento. En cualquier caso es irrelevante para las relaciones entre descontante y descontado la omisión de la cláusula de valor. (Sentencia de 16 de julio de 1982; no ha lugar.)

85. *Documento auténtico.*—No conviene el concepto de documento auténtico para los fines de este extraordinario recurso de casación a aquellos que hayan sido tenidos en cuenta o sea examinados, valorados y ponderados por el juzgador de la instancia. Entendiéndose así que carecen radicalmente de autenticidad casacional los propios documentos básicos del proceso, por ser el objeto de la cuestión litigiosa y haberse construido sobre ellos la tesis decisoria del juicio.

Literosuficiencia.—Se precisa para que el documento alcance la categoría de auténtico la nota de la literosuficiencia o lo que es igual, que contenga valor probatorio decisivo en lo que a la indiscutible veracidad de los hechos se refiere, ofreciendo de suyo un acreditamiento irrefutable sin necesidad de acudir a deducciones, interpretaciones o hipótesis, pues de ser ello preciso es claro que sólo cabría impugnar su interpretación.

Interpretación de los contratos.—Ha de recurrirse por el cauce del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con cita de los preceptos relativos a la interpretación de los contratos.

Operación de interpretación.—Es doctrina constante de esta Sala que puede distinguirse la interpretación de un contrato de la apreciación de los hechos, pues la operación de interpretación se desdobra en dos partes: por un lado el Tribunal «a quo» fija los hechos a través de la actividad de valoración de las pruebas practicadas, mas luego de esa fase y operando sobre los hechos así fijados pasa a aplicarles las normas contenidas en los artículos sobre hermenéutica, y si a la primera fase de la actividad pertinente a la «quaestio facti» o determinación de los hechos corresponde el cauce seguido por el motivo ya desechado del ordinal séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la segunda parte consistente en la selección de la norma conducente a la aplicación de las normas de hermenéutica contractual de los artículos 1.281 a 1.289 accede a la casación solamente a través del número primero del mismo artículo, porque entonces al aplicar uno de aquellos preceptos sustantivos citados o varios de ellos pudo incidirse en interpretación errónea o aplicación indebida o dejarlos sin aplicar y consecuentemente en violación de los preteridos.

La interpretación del contrato como facultad de los Tribunales de instancia.—Esta facultad la ejercen de manera privativa o exclusiva o inscrita en la soberanía del Tribunal «a quo» y es así que debe prevalecer o predominar sobre la del recurrente. Si bien se exceptúan los casos en que la interpretación de la instancia deba tildarse de equivocada, desorbitada, iló-

gica, absurda o contradictoria de alguna de las normas de hermenéutica contractual, con todo la interpretación impugnada habrá de ser mantenida, salvo que el error demostrable resulte evidente y por ello aún en el supuesto de que cupiere alguna duda razonable acerca de su absoluta exactitud. (Sentencia de 23 de diciembre de 1982; no ha lugar.)

86. *Valoración de los elementos probatorios.*—Debe ser rechazado el motivo no sólo porque pretende combatir la apreciación de la prueba que opera la resolución recurrida, sustituyéndola por la del Juzgado de Primera Instancia, lo que tan sólo puede hacerse al amparo del ordinal séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no con base en un motivo amparado en el número primero, sino también porque parece desconocer la doctrina jurisprudencial reiteradamente sostenida por este Tribunal de que «nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, aun concibiendo el recurso de apelación como una simple revisión del proceso primitivo anterior, sin posibilidad de reiteración de todos sus trámites, permite, sin embargo, al Tribunal «ad quem» conocer y resolver todas las cuestiones planteadas en el pleito» (Sentencia de 6 de julio de 1962) y que «cuando la apelación se formula sin limitaciones somete al Tribunal que de ella entiende el total conocimiento del litigio en términos que le faculta para valorar los elementos probatorios y apreciar las cuestiones debatidas según su propio criterio» (Sentencia de 23 de marzo de 1963), por lo que obviamente el criterio valoratorio de la prueba que esta Sala de Casación debe respetar, a no ser que, oportunamente combatido, pueda ser reputado ilógico, es el de la Audiencia Territorial y no el del Juzgado, en aquellos supuestos en que, como el presente, por haberse producido recurso de apelación se ha residenciado en aquélla la competencia para conocer y valorar los puntos de hecho y de derecho precisos para la resolución del litigio planteado.

Novación modificativa.—Tiene declarado esta Sala que el concepto romano de novación está ampliado considerablemente en el Derecho español, el que incluye dentro de aquél no sólo la figura tradicional de la novación extintiva, sino también la modificación convencional de las obligaciones (la llamada novación impropia o modificativa) y el deslinde entre una y otra ha de hacerse tomando en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación que se introduzca en la obligación, de tal modo que si ésta subsiste, pero varía alguna de sus condiciones principales, persistiendo el vínculo, aunque modificado, se produce la novación impropia; que el artículo 1.204 del Código civil admite, al lado de la manifestación expresa de la voluntad de novar, la manifestación tácita inducida de la incompatibilidad entre las dos convenciones, correspondiente en definitiva a los Tribunales, atendiendo en cada caso concreto a las circunstancias que en él concurran, decidir si esa incompatibilidad de voluntades existe, hipótesis en que habrá novación, o no existe, supuesto en que habrá mera modificación de la obligación, y finalmente que las circunstancias fácticas determinantes de la existencia o inexistencia de la novación declaradas por el Tribunal «a quo» han de prevalecer en todo

caso por constituir una facultad privativa de los Tribunales de Instancia. (Sentencia de 16 de febrero de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de obra para la construcción de doce apartamentos. El contratista llevó a cabo una serie de trabajos extras que determinaron un retraso en la entrega e incremento del costo. El contratista demandó al comitente para que pagara la totalidad del costo de las obras.

El Juez de Primera Instancia condenó al comitente al pago de una determinada cantidad de dinero, que fue aumentada por la Audiencia Territorial. No prospera el recurso de casación interpuesto por el comitente.

NOTA.—Existen bastantes Sentencias del Tribunal Supremo donde se plantea el problema de la novación modificativa en sede de contrato de obra. Como señalamos en la anotación a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1980 (en este ANUARIO, 1981, III, pp. 878-879), el problema de la existencia de novación modificativa surge por la introducción de variaciones en el proyecto inicial que determinan un mayor plazo para la terminación de las obras y aumento del costo de las mismas. Este es el caso de la sentencia que anotamos al afirmarse la incompatibilidad del plazo inicialmente establecido por las partes para la entrega de la obra con las obras que fuera de presupuesto y de la previsión inicial hubieron de intercalarse en el curso de las primeramente convenidas.

Sobre el problema de la distinción entre la novación extintiva y la meramente modificativa, véanse nuestras anotaciones a la citada Sentencia de 27 de diciembre de 1980 y a la de 23 de mayo de 1980 (en este ANUARIO, 1981, I, p. 198), que se pronuncian en términos semejantes a los de la sentencia que anotamos.

A. C. S.

87. *Presunciones. Alcance del control en vía de recurso.*—Este Tribunal podrá revisar las presunciones estimadas por el Tribunal de Instancia si las consecuencias son absurdas, ilógicas o inverosímiles y si el enlace entre el hecho demostrado y el deducido no es preciso y directo. En el presente caso no es lógico ni razonable concluir que, por el hecho de que un copropietario construya en el solar de que es comunero, se transfiera la copropiedad de la construcción al otro comunero, sin resolver los problemas jurídicos que la edificación puede originar.

Valoración errónea de la prueba. Certificación municipal.—La certificación municipal que expresa que a uno de los copropietarios le fueron suspendidas o prohibidas ciertas obras en la finca, no puede ser considerada como prueba documental eficiente para la atribución de la propiedad de una obra, ni como título de dominio presunto. (Sentencia de 30 de septiembre de 1982; ha lugar.)

88. *Incongruencia.*—Con estos antecedentes es obvio que los demandantes al redactar la súplica del escrito de réplica se mantuvieron dentro de los límites permitidos por el artículo 548, párrafo 2, de la Ley de Enjuiciamiento

Civil, al no alterar la pretensión objeto principal del debate (el pedimento sobre el carácter ganancial del inmueble en cuestión), sino que la adicionaron o ampliaron para eludir un grave obstáculo jurídico a su estimación, óbice que sólo conocieron a través del escrito de contestación a la demanda y en el que precisamente basaron su defensa las demandadas, criterio éste ya seguido con anterioridad por esta misma Sala en supuestos análogos, en cuanto la pretensión deducida en la réplica fue consecuencia obligada para prosperar la acción que se ejercitó; por todo lo cual al resolver sobre esa pretensión no incurrió la sentencia impugnada en incongruencia alguna.

Presunciones.—Conclusión fáctica que esta Sala ha de mantener por no constar probado nada en contra de la instancia, por no haber sido impugnada tal conclusión por el cauce procesal adecuado a este recurso de casación, y sobre todo, porque la presunción que la Sala de instancia obtuvo, sin duda a través de la aplicación del artículo 1.253 del Código civil, citado en el considerando cuarto de la sentencia del Juzgado, admitido por el Tribunal de apelación, aunque involucrada en una apreciación conjunta de la prueba, no fue debidamente impugnada en este recurso ni se intentó demostrar que la deducción debatida fuera absurda o ilógica, así como tampoco que la impugnada interpretación de la Sala no sea racional y lógica, todo lo que conduce también al decaimiento del motivo.

Actos propios.—Como ha exigido esta Sala, los actos propios que vinculan a su autor han de tener la solidez y consistencia para de ellos deducir verdaderas declaraciones de voluntad en términos concluyentes e inequívocos sobre concretos contenidos. (Sentencia de 21 de enero de 1983; no ha lugar.)

NOTA.—Sobre los presupuestos de aplicación de la doctrina de los actos propios y un amplio análisis de la doctrina jurisprudencial, ver DÍEZ-PICAZO (*La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, p. 193 ss.), con especial referencia a la conducta vinculante.

A. C. S.

89. *Contrato de seguro. Cuestiones nuevas.*—Afirma el Tribunal Supremo que uno de los fines que persigue el recurso extraordinario de casación es el de revisar la aplicación del derecho realizada por los Tribunales de instancia dentro de los límites que las leyes marcan para aquella actuación, lo que quiere decir que el Tribunal Supremo no podrá traspasar aquellos límites y entrar en el estudio de cuestiones o temas no debatidos en el proceso por partes por no propuestos en el período expositivo del juicio, quedando, por tanto, vedado el acceso a la casación de cuestiones nuevas, según reiteradísima jurisprudencia (2 de marzo de 1942; 20 de marzo de 1947; 10 de julio de 1976, 28 de noviembre de 1980; 23 de febrero de 1981, y 5 de junio de 1981). (Sentencia de 17 de julio de 1982.)